
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzáles Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzo (Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam* (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam* (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam* (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - *in memoriam* (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam* (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belico
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Clonagem humana reprodutiva: uma análise à luz da Constituição brasileira de 1988

Anderson Sant'Ana Pedra

Doutorando em Direito Constitucional na PUC/SP. Mestre em Direito pela FDC/RJ. Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES. Professor em graduação e em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo. Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES. Advogado em Vitória/ES.

Resumo: A clonagem humana reprodutiva deve ser vista à luz da Constituição brasileira de 1988 considerando o espectro irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana, sem olvidar também de algumas questões ético-jurídicas imprescindíveis para qualquer estudo do direito constitucional atual que deve ser orientado pela Ética na sua interpretação e aplicação.

Palavras-chave: Clonagem humana reprodutiva. Bioética. Biodireito constitucional. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: 1 Introdução - 2 O “admirável” mundo novo - 3 A experiência científica com seres humanos - 3.1 Princípios ético-jurídicos da experimentação científica - 4 A força normativa da Constituição - 5 O princípio da dignidade da pessoa humana - 6 A clonagem - 6.1 A clonagem humana reprodutiva - 7 Limites à clonagem humana reprodutiva pela Constituição brasileira de 1988 - 8 Considerações finais - Referências

1 Introdução

Como afirmou Ilya Prigogine: “a ciência é um diálogo com a natureza. As peripécias dessa natureza foram [e são] imprevisíveis.”¹

A discussão acerca da possibilidade da clonagem humana já saiu dos laboratórios e já faz parte dos debates da sociedade brasileira em geral, quer seja influenciado pela teledramaturgia,² quer seja influenciado por parte de peças publicitárias,³ e isso tudo decorre em virtude de avanços consideráveis no campo da biologia molecular, em especial, na engenharia genética. O que até então parecia um território não habitado pelo conhecimento humano — o mistério da vida — começou a ser desbravado e dominado pela inteligência humana.

¹ PRIGOGINE. *O fim das incertezas: tempo, caos e as leis da natureza*, p. 157.

² Em 2002 a Rede Globo exibiu em horário nobre a novela “O Clone” que aborda a busca da identidade dos “gêmeos” idênticos, do conflito entre clone e clonado e do homem diante de Deus.

³ Recentemente uma marca de cerveja insinuava em uma de suas peças publicitárias um processo de clonagem de uma modelo.

A clonagem em si não é algo novo, nos vegetais é muito comum: as enxertias, a utilização de brotos e etc.; e até mesmo na espécie humana têm-se os gêmeos univitelinos como “clones naturais”; mas a possibilidade da clonagem envolvendo a espécie humana a partir de uma pré-determinação genética merece receber a devida atenção do ponto de vista ético-jurídico.

O fato de se estar diante de uma situação de dilema ético produzido pela penetração da tecnologia na vida humana, nos conduz a uma busca de solução que não pode passar exclusivamente por uma ética setorizada orientada tecnologicamente, é necessário ir além, é necessário buscar os valores normativos consagrados constitucionalmente.

O objetivo do presente estudo não é enfrentar as diversas questões jurídicas que envolveriam um possível clone, tais como: o clone será uma nova pessoa ou será apenas a continuação da matriz genética? Qual será a relação parental do clone com a matriz genética: serão irmãos? Serão pai e filho? Ou serão apenas matriz e filial?

Também não se buscará analisar a viabilidade da pesquisa científica envolvendo a clonagem humana reprodutiva, se o clone é ou não viável, vez que parece consenso na comunidade científica que tal experiência ainda não deve ser realizada em seres humanos,⁴ além do que, essa é uma seara que deve ser enfrentada por outros especialistas que não juristas. Não se está também analisando o instituto da clonagem humana reprodutiva com a intenção de sobrestar um possível exército de Apolos ou de Adonis.

O que se pretende é discutir um desses novos fatos biotecnológicos — a clonagem humana reprodutiva — à luz da Constituição brasileira de 1988, considerando, principalmente, a *dignidade da pessoa humana* — um dos valores maiores trazidos pelo Texto Constitucional.

O objetivo do estudo é então analisar se as normatizações contidas na Constituição brasileira de 1988 (im)possibilitariam a pesquisa e a clonagem humana reprodutiva, olvidando-se então da proibição já expressa no art. 6º, IV da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, apelidada de Lei de Biossegurança.

Convém registrar desde logo que a clonagem pode ser reprodutiva ou terapêutica. A clonagem reprodutiva visa à criação de seres idênticos

⁴ PEREIRA, Lygia da Veiga. *Clonagem: fatos & mitos*, p. 61.

de forma assexuada — objeto deste estudo. Já a clonagem terapêutica, ou não reprodutiva, diz respeito ao emprego das técnicas de clonagem com a finalidade curativa sobre o paciente cujas células são clonadas com a finalidade de obtenção de linhagens celulares ou de tecidos, que posteriormente poderiam ser transplantados ao enfermo, substituindo as células e tecidos afetados, e, com isso, afastar a hipótese de rejeição.

O que se está a enfrentar então é a clonagem humana reprodutiva sob o espectro irradiante do princípio da dignidade da pessoa humana, sem olvidar também de algumas questões ético-jurídicas imprescindíveis para qualquer estudo do direito constitucional no séc. XXI, ou, como preferem alguns, o neoconstitucionalismo.

2 O “admirável” mundo novo

A biotecnologia e a biomedicina vêm apresentando de forma assustadora uma grande revolução que afeta diretamente o conhecimento humano trazendo uma série de situações jamais pensadas. Atualmente o avanço científico já possibilita que o homem atue em processos que até então eram de competência da natureza, de uma “força superior”, mas que agora já pode por ele ser controlado.

Recentemente o *Jornal do Brasil*⁵ noticiou que nos Estados Unidos a amazona Charmayne James pagou US\$150 mil para clonar seu cavalo favorito, Scamper, que morreu de velhice. Scamper foi o cavalo que bateu o recorde mundial ao ganhar 10 vezes consecutivas os campeonatos da Associação de Cowboys de Rodeio Profissionais entre 1984 a 1993, ajudando a sua proprietária a se tornar a primeira *cowgirl* de US\$1 milhão.

O material genético foi extraído de uma amostra do pêlo de Scamper e então foi transferido para um óvulo que teve seu próprio código genético removido.

Incursões científicas desta natureza já ocorreram no Brasil conforme traz uma reportagem da revista *Vêja*:

O Copacabana Palace vai abrigar, nos próximos dias, um evento inusitado. Pela primeira vez irá a leilão o clone de uma vaca premiada. Trata-se de uma bezerra nelore, produzida a partir de células da pele de um exemplar da linhagem Bilara, valorizadíssima. A expectativa é que o animal, hoje com 6 meses,

⁵ *Jornal do Brasil*, de 17 nov. 2006. Caderno B. Saúde Ciência & Vida, B 12.

seja vendido por 1 milhão de reais. Se conseguir chegar a esse preço, terá dado um lucro assombroso. O processo de clonagem custa, em média, 70.000 reais.⁶

Esta reportagem teve como título “Admirável gado novo” numa referência, quase que direta, à obra *Admirável mundo novo* de Aldous Huxley.⁷ Acontece que esta obra literária de Huxley foi escrita em 1932 e, de certo modo, já denunciava os aspectos desumanizadores do progresso científico, projetando um tipo de sociedade que, naquela época, era ainda virtual — tratava-se de uma obra de ficção científica sobre um mundo futurista.⁸

Passados mais de 70 anos, a linha divisória entre ficção e realidade tornou-se tênue, principalmente no tocante à reprodução da espécie humana em laboratório.

A ciência atualmente já domina as técnicas de reprodução humana, a fertilização sem sexo, o mapeamento do genoma para o desenvolvimento do ser humano (apelidado cientificamente de embrião), a possibilidade de gerar pessoas fenotipicamente predeterminadas (estatura, cor, capacidade intelectual) e de alterar ou criar códigos genéticos, além de clonar seres humanos.

Stela Neves Barbas, na sua obra *Direito ao patrimônio genético*,⁹ inicia o capítulo referente à clonagem com uma história intitulada “Uma profecia?...” cuja epígrafe traz: “Primavera de 2038, golpe de Estado na república de Clonia”.

Conta esta história que um grande engenheiro após sair vitorioso das eleições políticas da *república de Clonia* instalou uma ditadura que tinha como *slogan*: “A Nação e a Estirpe acima de tudo”, e ainda dois imperativos: *i*) eliminar as raças impuras e hostis ao regime, e; *ii*) formar um exército de super-homens.

Os geneticistas convocados a cooperar com o novo líder político da República de Clonia e de modo a acelerar o alcance dos objetivos do novo Presidente passaram a realizar a clonagem dos embriões — “os gêmeos do

⁶ Revista *Veja*, São Paulo, edição 1979, ano 39, n. 42, p. 55, 25 out. 2006.

⁷ HUXLEY. *Admirável mundo novo*.

⁸ Interessante notar da obra de Huxley, frise-se, escrita em 1932: “Um ovo, um embrião, um adulto — é o normal. Mas um ovo bokanovskizado tem a propriedade de germinar, proliferar, dividir-se: de oito a noventa e seis germes, e cada um destes se tornará um embrião perfeitamente formado, e cada embrião, um adulto completo. Assim se consegue fazer crescerem noventa e seis seres humanos em lugar de um só, como no passado. Progresso. [...] O processo bokanovsky é um dos principais instrumentos da estabilidade social. [...] Homens e mulheres padronizados, em grupos uniformes. Todo o pessoal de uma pequena usina constituído pelos produtos de um único ovo bokanovskizado” (p. 12-14).

⁹ BARBAS. *Direito ao patrimônio genético*, p. 191-192.

regime, a elite da Nação...”¹⁰

Não se está falando apenas de uma ficção, essa possibilidade científica se aproxima, ou até mesmo já existe, e com o processo de clonagem poder-se-á reproduzir até ao infinito seres com as mesmas características. O único problema que se apresenta é saber se há alguém com coragem de aplicar isto na espécie humana. E se houver, indaga-se: existe óbice a esse comportamento? Ou seja, será ética e juridicamente possível produzir um ser humano fenotipicamente idêntico ao ser que lhe deu origem?

3 A experiência científica com seres humanos

Existe numa órbita mundial uma preocupação muito grande relacionada a questões ético-jurídicas e a pesquisa científica em seres humanos, sendo que o primeiro Código Internacional de Ética para pesquisas com seres humanos foi o de Nuremberg (1947) em resposta às atrocidades e experimentações iníquas praticadas por médicos nazistas comandados por Josef Mengele nos campos de concentração durante a 2ª Guerra Mundial.¹¹

Pelo art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos a segurança social é um direito de todos, por assegurar uma vida condigna, e, conseqüentemente, todos os profissionais da saúde devem zelar pelos seus pacientes.

Diante dessa obrigação ético-jurídica, se deu no Brasil a aprovação das Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas em Seres Humanos – Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 196/1996, estabelecendo padrões de conduta para proteger a integridade física e psíquica, a saúde, a liberdade, o bem-estar, a vida, os direitos e também a *dignidade* dos envolvidos em experiências científicas, atendendo-se à advertência de Claude Bernard de que o “o princípio da moralidade médica e cirúrgica consiste em nunca executar no homem uma experiência que possa produzir-lhe malefício, mesmo que o resultado possa ser altamente vantajoso para

¹⁰ BARBAS. *Direito ao patrimônio genético*, p. 192.

¹¹ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 426. Cf. ainda: BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARRETTO. *As relações da bioética com o biodireito*. In: BARBOZA; BARRETTO. *Temas de biodireito e bioética*, p. 41: “As implicações morais do progresso da biologia começaram a ser discutidas, logo depois da Segunda Guerra Mundial, quando a lembrança das experiências nazistas nos campos de concentração e as conseqüências da explosão das primeiras bombas atômicas colocaram a consciência moral diante de um novo ramo da ética — a bioética — surgiu, entretanto, como uma resposta mais às exigências morais da comunidade científica do que da sociedade em geral, isto porque as perspectivas que se abriam para a ciência e suas aplicações, durante os anos quarenta e cinquenta do século XX, eram conhecidas por apenas alguns poucos cientistas.”

a ciência, isto é, para a saúde de outrem”.¹²

Tal Resolução, segundo Diniz,¹³ teve por parâmetro os seguintes instrumentos normativos: Código de Nuremberg (1947), Declaração dos Direitos do Homem (1948), Declaração de Helsinque (1964) e suas versões, Constituição brasileira de 1988, Código Penal brasileiro, Código Civil brasileiro, dentre outros.

No que tange a experiências científicas, inclusive as relacionadas a seres humanos, a Lei de Biossegurança traz normatizações a respeito, e para o que interessa nesse estudo, proíbe expressamente a clonagem humana em seu art. 6º, IV.

3.1 Princípios ético-jurídicos da experimentação científica

Cumprir registrar que a condição humana é, em si, incompatível com a certeza e a segurança absoluta, surgindo então a necessidade de um aporte bioético para promover e propiciar um uso responsável do conhecimento.¹⁴

Deve-se ter o zelo para não ocorrer o cerceamento do progresso científico, mas de todo indispensável que ele se faça com a máxima observância de valores maiores, como o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

O ponto de harmonização entre essas duas necessidades, aparentemente conflitantes, há de ser encontrado pela Ética e pelo Direito. Tal tarefa não é fácil e de início ficou a cargo da Filosofia que de pronto dedicou-lhe uma de suas áreas — a Bioética, e que de imediato exigiu a atuação simultânea do Direito que, igualmente, destinou-se campo próprio, ainda em formação — o Biodireito.¹⁵

Analisando etimologicamente a palavra *bioética*, observar-se-á que ela possui suas raízes no grego, onde *bios* significa vida e o termo *ethos* significa “modo de ser”.

A Bioética então nasceu de um sentimento de responsabilidade diante dos desafios de sustentar e melhorar as condições de vida humana nos processos contemporâneos.¹⁶

Assim a “bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione

¹² Apud, DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 426.

¹³ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 430.

¹⁴ HOGEMANN. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana*, p. 181.

¹⁵ BARBOZA. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA; BARRETTO. *Temas de biodireito e bioética*, p. 2.

¹⁶ HOGEMANN. *Conflitos bioéticos...*, p. 189.

diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina”.¹⁷ Não há como se falar em Bioética sem se falar em Direito, em Constituição e, principalmente, em direitos fundamentais.

O biodireito assenta-se então nos direitos fundamentais, representando a passagem do discurso ético para acoplar-se ao ordenamento jurídico, estabelecendo-se entre as dimensões da liberdade, da moral e da coação legítima.¹⁸

Essa contemporânea aproximação entre direito e ética é trazida por Luis Roberto Barroso ao focar o novo direito constitucional:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípio e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹⁹

Assim, deve-se entender o biodireito como sendo um ramo específico do direito que tem como fundamento o direito à vida, algo além do meramente biológico, mas sim o direito à vida como algo em si, suscetível de proteção por si mesma onde quer que se encontre.²⁰ Para Maria Garcia o biodireito é o conjunto de normas jurídicas que têm como princípios informadores a dignidade da pessoa humana e a proteção da vida, além do equilíbrio ecológico.

Não se pode esquecer também de analisar esse novo ramo do direito sob o prisma constitucional que Baracho define por *Bioconstituição* como sendo:

... conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a biomedicina.²¹

A pesquisa biomédica que envolve ser humano, de forma direta ou

¹⁷ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 15.

¹⁸ FABRIZ. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*, p. 368.

¹⁹ BARROSO; BARCELLOS. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, p. 147.

²⁰ GARCIA. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*, p. 162.

indireta, em sua totalidade ou em parte, tendo por escopo fins *terapêuticos* ou de *prevenção* de moléstias, reger-se-á por princípios consignados na Resolução CNS nº 196/1996 e pelos quatros referenciais básicos da bioética, ou *princípios básicos da bioética*.²²

O modelo adotado pela Resolução CNS nº 196/1996 é o *modelo principialista* que é considerado como um dos modelos²³ de análise bioética mais reconhecidos e com ampla divulgação nos meios biomédicos. Tal modelo foi formulado nos Estados Unidos por Tom Beauchamp e James Childress, em sua obra *Principles of biomedical ethics*, defendida na Europa por Ranaan Gillon, dentre outros, e aqui no Brasil pelo professor Fermin Roland Schramm.²⁴

Este modelo desenvolve quatro princípios para orientar a ética da ação médica nas diversas situações, sendo racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação humana e das necessidades individuais,²⁵ apresentando ainda resultados muito positivos, principalmente porque respeita a *dignidade da pessoa humana*. São esses princípios, segundo Diniz:²⁶

O *princípio da autonomia* que requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia su-

²¹ BARACHO. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*, p. 6-7.

²² DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 430-435; FABRIZ. *Bioética e direitos fundamentais...*, p. 104-121.

²³ Cf. FABRIZ. *Bioética e direitos fundamentais...*, p. 104-105: "São várias as orientações no campo da biociência, podendo ser enquadradas em diferentes modelos de análise teórica, quais sejam: principialistas; libertário das virtudes; casuístico; fenomenológico e hermenêutico; narrativo; do cuidado; do direito natural; contratualista; antropológico personalista. Todas essa (sic) correntes são importantes, na medida em que as dimensões da moral não podem ser estabelecidas por apenas uma perspectiva orientadora. Todos os modelos acima mencionados, com suas inevitáveis limitações, apontam para um mesmo fim: a consagração e preservação da dignidade humana."

²⁴ HOGEMANN. *Conflitos bioéticos...*, p. 81.

²⁵ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 16.

²⁶ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 16-18.

ficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.

O *princípio da beneficência* requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática²⁷ de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça.

O *princípio da não-maleficência* é um desdobramento da beneficência por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*.

Já o *princípio da justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente.

Para Fabríz “o princípio da justiça, em Bioética, coloca-se ao lado do princípio da beneficência, uma vez que ambos apontam para o bem entre as pessoas”.²⁸

Não se pode olvidar que as normas éticas, como leciona Goffredo Telles Junior, são caracterizadas pela imperatividade, e que:

...por serem enunciadoras do dever e por serem imperativas, é que as leis éticas, quando integrantes de uma ordenação normativa, são verdadeiras normas. Elas são, de fato, mandamentos normalizadores do comportamento. Determinam o que deve ser feito, em consonância com um sistema de concepções dominantes.²⁹

A convivência dos diversos princípios mencionados nem sempre é muito fácil; ao contrário, às vezes os princípios se opõem, criando situações de conflito. A resolução desses conflitos deve realizar-se no sentido de se aplicar o princípio que mais se aproxima da concepção de justo, no quadro das possibilidades que se configuram a partir do caso em concreto, até porque não há hierarquia entre os mencionados princípios.³⁰

Assim sendo, destaca Diniz³¹ que a experiência científica em seres

²⁷ Juramento de Hipócrates: “Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição. Também não fornecerei a uma senhora pressário abortivo. [...] Na casa onde eu for, entrarei apenas pelo bem do doente, abstenho-me de qualquer mal voluntário de toda sedução”.

²⁸ FABRIZ. *Bioética e direitos fundamentais...*, p. 111.

²⁹ TELLES JUNIOR. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, p. 205.

³⁰ FABRIZ. *Bioética e direitos fundamentais...*, p. 106.

humanos requer, dentre outros: consentimento escrito, livre e esclarecido do indivíduo-alvo ou de seu representante legal, resguardando sua autonomia; ponderação entre riscos e benefícios; relevância sócio-humanitária; garantia de que os danos previsíveis serão evitados; prevalência das probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos ou danos previsíveis; fundamentação em experiências prévias feitas com animais; e, respeito aos valores morais, éticos, culturais, sociais e religiosos.

Pode-se dizer então que face aos atuais poderes que se encontram nas mãos de alguns cientistas, ganha cada vez mais consistência e credibilidade a idéia de substituir as antigas éticas da contemporaneidade e da imediatez por uma nova ética prospectiva e da responsabilidade, que para Hans Jonas poderia ganhar o seguinte enunciado: “age de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência da vida humana genuína”.³²

A razão deste alerta de Hans Jonas se deve à preocupação com a preservação da natureza e o próprio futuro da humanidade, já que as novidades científicas que se apresentam com uma velocidade surpreendente podem ocasionar uma conseqüência que o homem ainda não esteja habilitado a prever e a controlar.

Interessante aqui utilizar a lição de Edgar Morin que bem retrata essa preocupação:

Um estadista francês disse durante a Primeira Guerra Mundial: “A guerra é um processo sério demais para ser deixado nas mãos dos militares.” A ciência é um processo sério demais para ser deixado só nas mãos dos cientistas. [...] a ciência passou a ser um problema cívico, um problema dos cidadãos. Precisamos ir ao encontro dos cidadãos. É inadmissível que esses problemas sejam esotéricos. [...] não estamos na época da solução, não é uma época messiânica, é a época de São João Batista, ou seja, daquele que vem anunciar e preparar a mensagem. Nós não temos a mensagem. O que podemos fazer é levantar os problemas, é formular as contradições, é propor a moral provisória.³³

4 A força normativa da Constituição

É indiscutível que a importância do estudo da Constituição reside na reconhecida onipotência das suas normas em relação às demais

³¹ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 430-434.

³² Apud HOGEMANN. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem...*, p. 187-188.

³³ MORIN. *Ciência com consciência*, p. 133.

³⁴ BASTOS; BRITO. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 13.

normas que constam no ordenamento jurídico-positivo, e aqui tal estudo se destaca pela necessidade de se analisar se a Constituição brasileira de 1988 traz algum limite referente ao desenvolvimento da ciência que tenha por objetivo a clonagem humana reprodutiva.

Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico, inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade para as demais regras de direito.³⁴

Pois bem, tem-se então que toda a interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos e que as normas constitucionais devem valer como “lei”: o direito constitucional é direito positivo. Nesse sentido se fala na “Constituição como norma” (GARCÍA DE ENTERRÍA) e na “força normativa da Constituição” (HESSE, Konrad).³⁵

Força normativa da Constituição ou *normatividade da Constituição* são expressões que significam que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa da Constituição* visa a exprimir, muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada, afastando-se assim a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à Constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direção política”; um caráter programático despido de força jurídica.³⁶

Para Konrad Hesse a “constituição não significa apenas um pedaço de papel”, pois ela:

... não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.³⁷

Tem-se ainda que com o “novo constitucionalismo” a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de normas, permeável por valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel central.³⁸

³⁵ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1140.

³⁶ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1115.

³⁷ HESSE. *A força normativa da Constituição*, p. 15.

³⁸ BARROSO; BARCELLOS. O começo da história..., p. 148. Cf. ainda: BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 526 e p. 532-587.

O destaque dado à *força normativa da Constituição* se justifica para o que se pretende nesse trabalho quando se observa no art. 1º, III da Constituição brasileira de 1988 que a República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios fundamentais a “dignidade da pessoa humana”, ou seja, um princípio que precisa ter seu espectro dimensionado e aplicado na sua inteireza, inclusive, nas pesquisas científicas envolvendo seres humanos, e, mormente, na clonagem humana reprodutiva.

5 O princípio da dignidade da pessoa humana

Os princípios são as idéias centrais de um sistema ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar, sendo imprescindível sua identificação pelo cientista jurídico, sob pena deste não poder jamais trabalhar com o direito.³⁹

Longe vai a época em que os princípios eram considerados como elementos secundários no Direito, aos quais se recorria apenas na hipótese de lacuna legal. A doutrina contemporânea reforça ao extremo o papel normativo dos princípios, acentuando a sua multifuncionalidade no ordenamento constitucional.

Em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de *justiça*, os princípios constitucionais assumem a função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positiva, porque corporificam os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Nessa toada, carece aqui focar o princípio da *dignidade da pessoa humana* que encontra, e se encontra, nas discussões envolvendo bioética e biodireito sua mais ampla referência, devendo ser o ponto de convergência inafastável de todas as discussões, pois tal princípio fixa os limites que asseguram a proteção do ser humano nos aspectos que envolvam a biotecnologia.

Muitos criticam a utilização dos princípios como valores normativos, e principalmente o princípio da *dignidade da pessoa humana*, por ter uma aplicação indeterminada e subjetiva, mas, para estes, não se pode deixar de registrar a lição de Gustavo Tepedino ao salientar que as Constituições contemporâneas utilizam-se de cláusulas gerais convencidas da sua

³⁹ SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*, p. 143.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 19. Continua ainda o autor: “Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenções”.

própria incapacidade, em face do dinamismo do mundo atual, tentando assim regular as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere,⁴⁰ até porque, caso contrário, os avanços das ciências biotecnológicas pegariam sempre desprevenidas as ciências do “dever-ser”, estabelecedoras das regras de organização e de condutas.

Como sabido a Constituição brasileira de 1988 também utilizou na sua redação das “cláusulas gerais”, exatamente por ser incapaz (ou ser tarefa impossível) de disciplinar todas as inúmeras situações jurídicas geradas pelos avanços científicos. Tal técnica legislativa se revela de grande valia no que concerne ao biodireito, na medida em que permite que o intérprete, diante do caso concreto, faça prevalecer os valores máximos do ordenamento jurídico em toda nova situação, desconhecida na época pelo legislador constituinte.⁴¹

Tratando agora especificamente da *dignidade da pessoa humana*, deve-se destacar que, na lição de Afonso da Silva, a proteção desse princípio não é uma criação constitucional, pois ele é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição quando reconhece sua existência e sua eminência, apenas transforma-o num valor supremo de ordem jurídica.⁴²

Para consolidar esse raciocínio cumpre lembrar que em 1º de outubro de 1946 o Tribunal de Nuremberg concluiu o julgamento de alguns nazistas, inclusive com condenação à morte, por crimes contra a humanidade, apesar da inexistência de qualquer texto legal expresso⁴³ que justificasse tal *decisum*.

A antecipação representada pela decisão do Tribunal de Nuremberg, todavia, traduz a clara noção de que há direitos que o Estado pode apenas reconhecer e não criar, não se justificando qualquer ação contra a dignidade humana sob a alegação de estarem as autoridades obrigadas a aplicar e cumprir as leis do seu país.⁴⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido expressamente pela primeira vez pela Constituição da Alemanha (art. 1º, n. 1) ao

⁴¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 205-207.

⁴² SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 38.

⁴³ Apenas em 10 de dezembro de 1948 a ONU promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁴⁴ MARTINS. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO; DIP. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, p. 128.

⁴⁵ SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 37.

declarar: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.”

Fundamentou a positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, o fato de o Estado Nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões.⁴⁵

Cumprido desde logo registrar que não há como negar a dificuldade para uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. Tal dificuldade decorre (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambigüidade e porosidade” assim como por sua natureza necessariamente polissêmica.⁴⁶

Contudo, para o que se pretende neste trabalho, não é demais aqui firmar a lição de Flávia Piovesan⁴⁷ no sentido de que a *dignidade da pessoa humana* é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo; ou como bem registra Maria Garcia: “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais”;⁴⁸ ou ainda como referiu-se Afonso da Silva ao princípio da dignidade da pessoa humana como sendo “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”.⁴⁹

A expressão *dignidade*, deriva do latim *dignitate*, e pode ser definida como a qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra; autoridade.

Numa perspectiva ética a dignidade pode ser revestida pela lapidar

⁴⁶ SARLET. As dimensões da dignidade humana: contruindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p. 16.

⁴⁷ PIOVESAN. IKAWA. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, p. 82; cf. ainda: BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 202-203.

⁴⁸ GARCIA. *Limites da ciência...*, p. 203.

⁴⁹ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.

⁵⁰ COMPARATO. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*, p. 459.

⁵¹ TAVARES. *Curso de direito constitucional*, p. 406.

⁵² GARCIA. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de direito constitucional e internacional*, p. 112.

⁵³ BOBBIO. *A era dos direitos*, p. 25.

expressão kantiana que a pessoa do outro deve ser considerada sempre como um fim em si, ou como diria Konder Comparato ao analisar a contribuição de Kant sobre a o tema:

Mas a dignidade da pessoa, segundo o filósofo, não consiste apenas no fato de ser ela, ao contrário das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela se funda também no fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁵⁰

Ramos Tavares, citando Werner Maihofer, leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, pressupondo este desenvolvimento o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; bem com a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana.⁵¹

Já para Maria Garcia a dignidade da pessoa humana “pode ser entendida como a compreensão do ser humano na sua integralidade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente.”⁵²

Por mais difícil que seja conceituar a *dignidade da pessoa humana*, não se pode utilizar dessa situação como fator impeditivo de sua aplicação, principalmente por que se encontra incrustada na Constituição brasileira de 1988 e pela *força normativa* que possui o seu texto.

Nessa esteira Bobbio já advertia que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim, o de protegê-los.⁵³

Por tudo que já foi demonstrado, a ciência não poderá atuar olvidando do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da socie-

⁵⁴ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 19.

⁵⁵ PEREIRA. *Clonagem...*, p. 18.

⁵⁶ FERREIRA SOBRINHO. A clonagem de seres humanos. *Informativo Dinâmico*, p. 2.

⁵⁷ FERREIRA SOBRINHO. A clonagem de seres humanos, p. 2.

dade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão a *bioética* e o *biodireito* admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.⁵⁴

6 A clonagem

Tudo parece ter começado no início de 1997 com o surgimento de uma ovelha chamada “Dolly” — o primeiro *clone* de um mamífero.

“Clone” origina-se do grego *klón*, “broto”; “rebento”. Conjunto de células ou organismos originários de outros por algum tipo de multiplicação assexuada (divisão, enxertia, apomixia etc.), — todos os membros de um clone têm o mesmo patrimônio genético segundo o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* (séc. XXI).

A Lei de Biossegurança traz o seguinte conceito: “Clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas e engenharia genética” (art. 3º, VIII).

Sabe-se que a reprodução sexuada envolve a geração de um novo indivíduo a partir da união de um óvulo com um espermatozóide ou, em plantas, com pólen — são as *células germinativas* (designadas à reprodução, à transmissão dos genes à geração seguinte); diferente das *células somáticas* (todas as outras) que servem às mais diversas funções, menos à reprodução.

O clone é gerado a partir de células somáticas, células que já possuem uma “receita completa” de um ser vivo. Como a formação do clone não envolve as células germinativas nem, portanto, a mistura de duas metades de genomas para a geração de um genoma inédito, dizemos que ele é gerado por reprodução assexuada. E dessa forma ele possui exatamente o mesmo genoma, a mesma receita daquele ser vivo — um clone é um ser geneticamente idêntico a outro.⁵⁵

É sabido que a Teoria do Conhecimento tem o estranho dom de provocar tensões não muito puras, e que embora sejam eminentemente humanas, possuem, por vezes, roupagem divina.

A clonagem cuida, portanto, de um acontecimento com repercus-

⁵⁴ FERREIRA SOBRINHO. A clonagem de seres humanos, p. 2.

⁵⁵ GARCIA. Biodireito constitucional: uma introdução, p. 111.

sões científicas, éticas, teológicas e jurídicas.

Existe, ao que parece, um drama pontilhado por dúvidas não esclarecidas satisfatoriamente, ou seja, existem limites para o conhecimento? Se existem, qual a sua natureza? Esses são os questionamentos apresentados por Ferreira Sobrinho, que ainda se manifesta no sentido de que a “técnica da clonagem deve ser saudada como uma importante conquista, não como algo tenebroso, capaz de mudar a face do globo terrestre” e que “a ética, enquanto dado normativo comportamental, tampouco parece se colocar como óbice à clonagem. Afinal, quais os preceitos éticos que seriam desrespeitados por ela?” Indaga Ferreira Sobrinho.⁵⁶

Ferreira Sobrinho não observa limites teológicos nessas pesquisas haja vista que se Deus é soberano, e que nenhuma folha cai se não for de Sua vontade, de igual modo os cientistas não teriam pesquisas vitoriosas se não fosse de Sua vontade, ou seja, os cientistas não estão brincando de ser Deus, mas sim trabalhando em sintonia com Ele.⁵⁷

No que tange aos aspectos éticos, Ferreira Sobrinho entende que qualquer solução é por demais limitada vez que a ética possui um conteúdo flexível, a não ser que se apele por uma ética setorizada representada por uma certa sociedade.⁵⁸

Esse entendimento, acreditamos, esteja ultrapassado já que se fala atualmente na ética da responsabilidade (Karl-Otto Apel), até porque o cientista é um indivíduo da sociedade humana, faz parte dela, e responsável por essa participação.⁵⁹

Cobra relevo aqui trasladar a lição de Maria Garcia para a observância da ética da responsabilidade:

Por certo que o ato científico é também um ato político: existe o exercício de um poder num âmbito social, o poder de expor e impor o próprio conhecimento. Contudo, cientistas são também cidadãos do mundo em que vivemos e convivemos e não extraterrestres visitantes, seguindo-se que se encontram vinculados ao contexto de liberdade/responsabilidade: da ética da responsabilidade.⁶⁰

6.1 A clonagem humana reprodutiva

⁶⁰ GARCIA. *Limites da ciência...*, p. 260.

⁶¹ A experiência só foi um teste não sendo os embriões implantados no útero de uma mulher.

⁶² PEREIRA. *Clonagem...*, p. 40.

⁶³ MORIN. *Ciência com consciência*, p. 117.

Em 1993 uma notícia trouxe espanto para a sociedade: dois médicos americanos anunciaram a bipartição de um embrião humano (fissão gêmeolar) — geração de gêmeos idênticos pela “força bruta”, como feito em gado desde a década de 80.^{61 62}

A clonagem humana é o método que permite, através de reprodução assexuada, a criação de seres humanos geneticamente iguais, desse modo o clone é o duplo perfeito de um ser que tem o mesmo material genético.

Mas para que clonar humanos? Para produzir doadores de órgãos? Para produzir exércitos de indivíduos superiores? Para se ter a imortalidade (“mito da imortalidade”)? Para “reaver” um ente querido falecido? Para a reprodução em casais estéreis?

A resposta a qualquer uma dessas indagações pode nos conduzir a uma inversão no sentido de que o homem é *fim* e não *meio* (Kant).

7 Limites à clonagem humana reprodutiva pela Constituição brasileira de 1988

Antes de se analisar os limites à clonagem não se pode deixar de registrar a lição de Edgar Morin no sentido de que a “responsabilidade é noção humanística ética que só tem sentido para o sujeito consciente”.⁶³

A liberdade científica trazida no art. 5º, IX da Constituição brasileira de 1988 — “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” — deve ser interpretada no sentido apontado por Hannah Arendt: a liberdade é sempre o outro — numa “mentalidade alargada”.⁶⁴

E o direito deve limitar o conhecimento humano?

É cediço que o Direito é a ciência da regulação das condutas humanas. O Direito é sempre limite, e não a transposição de limites, consistindo, em última análise, numa relação de poder veiculada pela norma. Limita e, não obstante, liberta, pois, sem direito não é possível a liberdade.⁶⁵

⁶⁴ GARCIA. *Limites da ciência...*, p. 63.

⁶⁵ MATTEUCCI apud GARCIA. *Limites da ciência...*, p. 86.

⁶⁶ UNESCO (Organizações das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) em 11 de novembro de 1997.

⁶⁷ DWORKIN. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 115.

⁶⁸ DWORKIN. *Domínio da vida...*, p. 115-116.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos⁶⁶ em seu art. 11 prescreve:

Art. 11. *Não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais competentes são convidados a cooperar na identificação de tais práticas e a determinar, nos níveis nacional ou internacional, as medidas apropriadas a serem tomadas para assegurar o respeito pelos princípios expostos nesta Declaração.*

E a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. 22 traz que:

Art. 22. *Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.*

A Lei de Biossegurança também traz a proibição da clonagem humana em seu art. 6º, IV, mas seria possível encontrar limite à clonagem humana reprodutiva na Constituição brasileira de 1988?

Entendemos que sim, e que este limite está no *direito à vida* trazido no *caput* do art. 5º e que deve ser lido conjuntamente com o art. 1º, III que cuida do *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Para expressar o conceito de vida, os gregos usavam duas palavras que estabelecem essa distinção: *zoe*, para significar vida física ou biológica, e *bios*, que para eles designava a vida como processo *vivido*, formado pela totalidade de ações, decisões, motivos e acontecimentos que compõem o que hoje chamamos de biografia.⁶⁷

Cada ser humano é inviolável e tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação natural e a criação humana. Qualquer ser humano é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, “um triunfo daquilo que comumente chamamos de ‘milagre’ da reprodução humana”, sendo que este milagre começa muito antes do nascimento: “começa na identidade genética do embrião”.⁶⁸

Inquestionável que o ser humano é fruto de sua convivência, sua experiência, principalmente das suas decisões criativas próprias que irão

⁶⁹ BASTOS; TAVARES. *As tendências do direito público: no limiar de um novo milênio*, p. 635-638.

⁷⁰ BARBAS. *Direito ao patrimônio genético*, p. 197.

⁷¹ OTERO. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, p. 65.

⁷² DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 518.

determinar, progressivamente, seus pensamentos, sua personalidade, seus valores, suas emoções e etc., mas também é inquestionável que o ser humano também é fruto de uma carga genética. A personalidade do ser humano então é constituída desses dois valores.

Cada ser humano tem o direito de ser irrepitível na espécie, bem como tem direito exclusivo ao seu patrimônio genético, o que implica dizer que cada indivíduo tem o direito de não ter seu código genético violado.⁶⁹

Stela Neves Barbas destaca com pena forte que:

É cada vez maior a necessidade de repersonalização do direito salvaguardando a dignidade da pessoa humana, o seu valor assim como a sua identidade única e irrepitível que constitui, aliás, o cerne, o núcleo do direito à diferença.

...

Todo o ser humano é livre, único, incondicionável e irrepitível implicando o reconhecimento da sua diversidade simultaneamente a aceitação da sua liberdade e igualdade.⁷⁰

Paulo Otero também se manifesta no sentido de que a identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta e individual, pois torna cada ser humano um ser único, dotado de uma irrepitibilidade natural: a identidade pessoal de cada ser humano, “expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assente na inexistência presente ou futura de dois seres humanos totalmente iguais”. O desrespeito à pessoa do clone residiria em se negar a esta pessoa o direito de possuir um patrimônio genético próprio e único, o que implica em profundo atentado contra seus direitos fundamentais, entre eles o direito de ser um único ser.⁷¹

Também para Diniz a clonagem humana por transferência de núcleos ou para a produção de células de reserva constitui uma grave violação ao princípio de que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo, e não como um meio, ao seu direito de não ser programado geneticamente.⁷²

Lembra ainda a autora que a OMS considera o uso da clonagem para a replicação de pessoa eticamente inaceitável, por constituir violação a al-

⁶⁹ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 519.

⁷⁰ BASTOS; TAVARES. *As tendências do direito público...*, p. 289.

⁷¹ Apud, HOGEMANN. *Conflitos bioéticos...*, p. 153.

⁷² ANTONIUK. Clonagem humana: qual pessoa deve ser a medida da vida? *Revista de direito constitucional e internacional*, p. 133.

guns princípios norteadores de reprodução assistida, como o do respeito à dignidade humana, em termos de identidade genética. Até mesmo a criação de vida humana, ou de clones humanos, com o único propósito de preparar material terapêutico violaria a dignidade da vida produzida, pois o princípio apontado por Kant — o da dignidade humana — requer que uma pessoa jamais deva ser pensada como meio, mas somente como fim.⁷³

Há também àqueles que identificam uma quarta geração de direitos humanos na qual estariam compreendidos, dentre outros direitos, como forma de preservação a própria espécie humana, o direito à não-intervenção genética.⁷⁴

E para aqueles que alegam que a clonagem não é um atentado a dignidade da pessoa humana porque a própria natureza já faz isso todos os dias — gêmeos univitelinos, merece registrar que os gêmeos não irão crescer vivendo à sombra de quem se é cópia.

Jürgen Habermas também se alinha aos que são contrários à realização do experimento em humanos, comparando a situação do ser clonado à do escravo, criando a categoria da “escravidão genética”, na medida em que o clone teria sua liberdade eternamente “roubada” por seu procriador, impondo àquele uma decisão mesmo antes de seu nascimento. Importa, segundo ele, numa “usurpação e subjugação”, deixando de ser a questão de mera semelhança entre pessoas, como no caso dos gêmeos univitelinos.⁷⁵

Elizete Antoniuk, após analisar artigos de periódicos e revistas alemãs, afirma que a dignidade humana é o valor máximo do ponto de vista constitucional e que a terapia genética embrionária não é ética, pois ela torna uma geração escrava de seus descendentes.⁷⁶

Por fim, imaginemos ainda a hipótese trazida por Stela Neves Barbas:⁷⁷ e se o pai produzir um filho igual a um ídolo (político, desportista, artista ou intelectual) — será admissível que a criança fruto da clonagem transporte por toda a vida a patética escolha dos seus “progenitores” por um determinado ídolo?

⁷⁷ BARBAS. *Direito ao patrimônio genético*, p. 195.

⁷⁸ BARBAS. *Direito ao patrimônio genético*, p. 195.

⁷⁹ GARCIA. *Biodireito constitucional: uma introdução*. *Revista de direito constitucional e internacional*, p. 110.

⁸⁰ GARCIA. *Limites da ciência...*, p. 113.

Não se pode olvidar que “o produto da cultura biológica sempre que olhar para seu ‘progenitor’ olhará também para seu próprio futuro”.⁷⁸ Como se dará o desenvolvimento psíquico-intelectual do clone?

Assim, não pelo caso hipotético trazido à colação, mas pelo próprio respeito ao homem como fim, e não como meio, e pelo próprio direito que possui o homem de ser único e irrepetível é necessário buscar o limite à clonagem reprodutiva humana na *força normativa* que se extrai do art. 1º, III (*dignidade da pessoa humana*), da Constituição brasileira de 1988, já que a imprevisibilidade genética faz parte da personalidade humana, ou seja, a predeterminação genética verificada num clone esvaziaria alguns direitos fundamentais do ser humano,⁷⁹ direitos estes que devem ser tutelados por todos — Estado e sociedade.

Assim, não se pode defender o livre desenvolvimento da ciência numa espécie de *laissez-faire*, *laissez-passer* da biotecnologia, pois é difícil a convivência com situações que estabeleçam novas fronteiras que exigem uma profunda reflexão com questões que envolvam direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana.

8 Considerações finais

Hoje, mais do que nunca, deve-se resgatar no ordenamento jurídico seu potencial transformador e democratizante, aplicando a Constituição como um documento que consagra a reserva maior de justiça, homenageando assim a sua *força normativa*.

Estamos em um momento delicado. A possibilidade da clonagem reprodutiva humana, numa análise científica, se aproxima mais e mais da realidade — o que fazer com ela?

Talvez seja a hora de abrir essa discussão, como adverte a professora Maria Garcia: “O debate público tem que ser iniciado agora, para que a sociedade não seja a última a saber o que acontecerá com seu destino.”⁸⁰

A clonagem por si só não é boa nem é ruim. A aplicação que os ho-

⁷⁸ GARCIA. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de direito constitucional e internacional*, p. 108.

⁷⁹ DWORKIN. *Domínio da vida...*, p. 116.

⁸⁰ DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 21-22.

⁸⁴ Apud, PRIGOGINE. *O fim das incertezas: tempo, caos e as leis da natureza*, p. 158.

mens fizerem da técnica é que merecerá tais rótulos, afinal não se pode negar que a mesma pesquisa (energia nuclear) que possibilita a utilização de ressonância magnética e a tomografia computadorizada é a mesma que possibilita a construção da bomba atômica.

Assim, imperiosa é a necessidade de encontrar o “ponto de equilíbrio” entre duas posições antitéticas: a proibição total de qualquer atividade biomédica ou a permissividade plena, até porque o direito não tolera extremismos.⁸¹

Nesse processo de criação que é inerente ao ser humano, tem-se que ter o cuidado para não se ter a ambição científica de se criar um ser humano como se cria uma obra de arte, até porque, essa idéia é perigosa, já que sugere a valorização de um ser humano do mesmo modo que se valorizaria uma obra de arte, ou seja, mais por sua beleza ou estilo, do que por suas qualidades pessoais, morais ou intelectuais.⁸²

As questões envolvendo a ciência e o homem tem se tornado cada vez mais complexas na medida em que a ciência evolui. Deve-se então visitar esses temas tendo como fundamento o biodireito constitucional, observando ainda, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios da bioética.

Como já dito, o homem não existe como um fim em si mesmo. O atual direito constitucional deve ser orientado pela Ética na sua interpretação e aplicação, apresentando-se assim como o mecanismo mais adequado para o reconhecimento e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética, o biodireito e a bioconstituição passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.⁸³

Pelo o que aqui foi exposto, pode-se afirmar que o homem possui

o direito de ser único e irrepetível, sendo assim a clonagem humana reprodutiva encontra limite na *força normativa* que se extrai do princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida.

Não se quer aqui demonizar a clonagem ou qualquer outro tipo de prática ou pesquisa científica — pretende-se apenas enfrentar alguns problemas e apontar os limites da ciência.

E para finalizar, não se poderia deixar de trazer a seguinte convicção de Nabokov: “O que pode ser controlado não é nunca totalmente real, o que é real não pode nunca ser rigorosamente controlado.”⁸⁴

Abstract: The human reproductive cloning must be seen according to the 1988 Brazilian Constitution, considering the radiant specter of the human being dignity principle, without forgetting some essential ethical-legal questions for any study of current constitutional law that must be guided by the Ethics in its interpretation and application.

Keywords: Human reproductive cloning. Bioethics. Constitutional BioLaw. Human being dignity.

Referências

ANTONIUK, Elisete. Clonagem humana: qual pessoa deve ser a medida da vida? *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, ano 9, n. 37, out./dez. 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 27, fev. 2000.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-40.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41-75.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução assistida: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. A clonagem de seres humanos. *Informativo dinâmico*. ano 21, edição 23, mar. 1997.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 105-113, jan./mar. 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. 10. reimpressão. São Paulo: Globo, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques. *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 127-144.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

- PEREIRA, Lygia da Veiga. *Clonagem: fatos & mitos*. São Paulo: Moderna, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-85.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das incertezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.
- SÁ, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: contruindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 13-44.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 105.
- SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. t. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Clonagem humana reprodutiva: uma análise à luz da Constituição brasileira de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 51-76, abr./jun. 2008.