

Principais aspectos legais e constitucionais da clonagem reprodutiva humana

Human reproductive cloning: main legal and constitutional aspects

Nathan Glina¹

Glina N. Principais aspectos legais e constitucionais da clonagem reprodutiva humana. Saúde, Ética & Justiça. 2005;10(1/2):29-37.

RESUMO: O objetivo do estudo é delinear os principais aspectos da clonagem humana reprodutiva, sob a ótica da Constituição Federal Brasileira de 1988. Para atingir esse objetivo, foram realizadas a pesquisa e análise relativa aos aspectos constitucionais e da legislação atual que podem ser aplicados à clonagem humana reprodutiva.

DESCRITORES: Clonagem de organismos/legislação & jurisprudência. Clonagem de organismos/ética. Temas bioéticos.

INTRODUÇÃO: ASPECTOS GERAIS DA CLONAGEM

Clonar significa produzir uma cópia geneticamente idêntica de uma célula ou até mesmo de um indivíduo, ou seja, fabricar desde uma célula até um ser idêntico em sua constituição genética, a outro do qual foi originado. Com isso, utilizando-se determinada constituição genética, existe a possibilidade de originar-se infinitos novos seres iguais, geneticamente iguais, àquele de cuja estrutura genética foi copiada.

Zatz¹ define clones naturais como os gêmeos idênticos que se originam da divisão de um óvulo

fertilizado. Os clones que se formam naturalmente, ou seja, sem a intervenção bio-científica de outros seres humanos, são naturais, enquanto aqueles originados da intervenção de médicos e cientistas seriam clones não naturais, os quais interessam para o presente estudo.

A clonagem tem sido facilitada pelo avanço da humanidade no tocante ao conhecimento genético dos seres vivos, em especial do ser humano, que vem ocorrendo há décadas, sendo certo que o principal estudo que vem sendo feito com relação à estrutura genética humana é o Projeto Genoma

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: nathanglina@uol.com.br

Endereço para correspondência: Alameda Ribeirão Preto, 438. Ap. 1501. Bela Vista. CEP 01331-000. São Paulo, SP.

Humano, o qual, segundo Cárdia² “é um consórcio internacional, composto pelos EUA, Europa e Japão, que tem por objetivo mapear todos os genes da espécie humana, com os seguintes objetivos na área da saúde: a melhoria e simplificação dos métodos de diagnóstico de doenças genéticas, a otimização das terapêuticas destas doenças e a preservação de doenças multifatoriais”.

Importante frisar-se que a clonagem diferencia-se da técnica de modificação genética, a qual se refere à alteração dos genes de uma célula viva do organismo. Pode ser de dois tipos: hereditária e não-hereditária. A modificação genética não-hereditária é aquela que altera os genes de células que não sejam óvulos e espermatozoides. As alterações não-hereditárias não são passadas para a descendência, pelo que apresentam uma amarrakeitação social.

A clonagem, no caso humano, divide-se em duas espécies, que são a Clonagem Reprodutiva e a Clonagem Terapêutica. A Clonagem Terapêutica é a clonagem de células, em especial as células-tronco totipotentes e também de blastocistos, ou ainda células somáticas, que são aquelas células que têm capacidade de se dividirem para formar os diversos tecidos que compõe o indivíduo e estuar as diversas tarefas necessárias à vida, através do chamado processo de divisão e diferenciação celular. A finalidade dessa espécie de clonagem é a sua aplicação em tratamentos de doenças ou problemas relacionados a acidentes, com a vantagem de evitar-se a rejeição do novo tecido, ou até órgão a ser implantado, vez que o doador seria o próprio receptor, não havendo, portanto, incompatibilidade genética. Assim, seria possível reconstruir ou substituir órgãos e tecidos em seres humanos.

Por outro lado, a Clonagem Reprodutiva apresenta finalidade diversa da Terapêutica, sendo que, conforme Zatz³ sua proposta retirar o núcleo de uma célula somática, que teoricamente poderia ser de qualquer tecido de uma criança ou adulto, inserir esse núcleo em um óvulo e implantá-lo em um útero (que funcionaria como uma barriga de aluguel). Se esse óvulo se desenvolver, teremos um novo ser com as mesmas características físicas da criança ou adulto de quem foi retirada a célula somática. Seria como um gêmeo idêntico nascido posteriormente. A finalidade dessa espécie de clonagem é produzir um outro ser humano, geneticamente idêntico àquele que lhe deu origem, ou seja, fazer uma cópia geneticamente idêntica ao do ser humano cuja célula somática diferenciada foi utilizada.

A clonagem humana reprodutiva pode ser definida como a clonagem de seres humanos, ou de pessoas, cuja finalidade é produzir um novo ser

humano, idêntico geneticamente, àquele que o originou. A clonagem se baseia no fato de que cada célula de um organismo contém todos os cromossomos com as informações codificadas para o indivíduo completo, ou seja, contém a identidade genética daquele indivíduo. Conseqüentemente, o ser humano clônico, também chamado clone, seria uma cópia de outro indivíduo, produzida com a informação genética obtida por meio de uma única célula. Assim, se vários forem os clones serão eles etimologicamente indivíduos de mesma identidade genética, porque provêm de um organismo único de reprodução.

Em síntese, pode-se dizer que: “Clonagem é a criação de uma duplicata genética de um organismo existente. A clonagem humana é iniciada criando-se um embrião humano que carrega o mesmo conjunto de genes de uma pessoa existente. Se esse embrião for usado para fins de pesquisa – por exemplo, para gerar alguns tipos de células-tronco o processo chama-se clonagem para pesquisa. Se, ao contrário, o embrião for implantado no útero de uma mulher e levado a termo para produzir uma criança, o processo chama-se clonagem reprodutiva”⁹.

VISÃO INTERNACIONAL DA CLONAGEM REPRODUTIVA HUMANA

No mundo, a clonagem humana reprodutiva vem sendo estudada e tem sido utilizada em diversos países, ainda que de maneira extra-oficial, porém não há um consenso internacional ou normas internacionais de aceitação unânime a esse respeito, sendo que cada país tem ditado internamente normas permissivas, restritivas ou proibitivas.

No ano de 1998, ou seja, pouco tempo após a clonagem da ovelha Dolly, o Conselho Europeu para a Convenção de Direitos Humanos e Dignidade na Biomedicina, fez um protocolo que proíbe “qualquer intervenção que procure criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto”, o qual foi aberto para assinaturas em 12 de janeiro de 1998 em Paris.

Porém um ano antes, em 1997, a UNESCO, órgão vinculado à Organização das Nações Unidas, adotou uma Declaração sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, sem força jurídica vinculante, ou seja, não obrigatória, a qual assinada por 186 nações, como uma “recomendação internacional”. Essa Declaração, em seu artigo 8 veda “práticas contrárias à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos”.

No dia 06 de novembro de 2003, a

Organização das Nações Unidas (ONU) havia agendado votar a respeito da proibição ou liberação da clonagem reprodutiva humana, porém tal votação foi adiada e ainda não ocorreu. Entre as propostas de resoluções que seriam votadas, uma proibiria a criação de todo embrião clonado, não importa a razão, enquanto a outra permitiria apenas a criação de embriões para pesquisas médicas, proibindo a finalidade reprodutiva. Em ambas propostas a clonagem de animais seria permitida.

Nesse sentido, o jornal Folha de São Paulo divulgou em matéria datada de 04 de novembro de 2003, que na ONU: "Todos os Estados-membros concordam que a chamada clonagem reprodutiva, destinada a produzir uma criança com os mesmos genes de seu pai genético único, deveria ser proibida. Para além disso, o consenso se desfaz. O campo já começou a se dividir em dois partidos decididos e inflexíveis. Um grupo, liderado por EUA e Costa Rica e composto por pelo menos outros 61 países, patrocinou uma resolução conclamando por uma convenção que baniria todas as formas de clonagem. Ou seja, que proibiria a criação de todo embrião clonado, não importa a razão. O segundo grupo, liderado pela Bélgica e integrado por pelo menos 22 outras nações, defende uma contra-resolução que conduziria a uma convenção banindo a criação de embriões clonados para produzir outro ser humano, mas permitindo o uso de tais embriões para pesquisa médica".

Atualmente, a Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) discute a criação de um tratado proibindo a clonagem de seres humanos, ou seja, vedando de forma absoluta a clonagem reprodutiva humana. A questão mais debatida é se deve ou não ser permitida a clonagem terapêutica, ponto em que não há um consenso entre os países-membros. A França, por exemplo, decidiu proibir a clonagem humana, qualificando-a como crime contra a raça humana e ainda suspendeu por cinco anos o veto à pesquisa sobre células-tronco extraídas de embriões. A decisão se motivou no seguinte parecer da Comissão Consultiva Nacional de Ética (CNNE): "Parecer 54 - O grupo considera eticamente inaceitável a criação de embriões a partir de dons de gametas em ordem à obtenção de células embrionárias, uma vez que os embriões supranumerários representam uma fonte alternativa disponível. Seria prematuro criar embriões por transferência de células somáticas para resolver necessidades de investigação sobre a terapia".

Já o Japão decidiu no dia 23 de junho de 2004 permitir a clonagem de embriões humanos para fins de pesquisa, ou seja, para fins de estudos e clonagem terapêutica para salvar vidas, mas não

para fins de clonagem reprodutiva. A Comunidade Européia, por sua vez aprova pesquisas com células embrionárias de embriões com até 14 dias, vedando, entretanto, a reprodução humana por meio da clonagem.

Assim, tem-se que a predominância internacional até o presente momento tem sido pela proibição da clonagem reprodutiva humana e aceitação da clonagem terapêutica, porém não há uma prognose exata a respeito da evolução desse quadro, em nível de bioética, de pensamento e legislação internacional a esse respeito, até porque o ritmo de transformações no plano prático, de vida e no plano teórico da humanidade está acelerado. As políticas nacionais em todo o mundo, a respeito da clonagem reprodutiva humana, podem ser consultadas através do site: "<http://www.giph.org/genetic/genetic.htm>".

A CLONAGEM REPRODUTIVA HUMANA NO BRASIL

No Brasil a clonagem humana reprodutiva ainda é um tema pouco explorado juridicamente e cientificamente, devido à pouca legislação infraconstitucional específica, isto porque não foram produzidas leis que disciplinem, sequer a reprodução humana assistida, gênero em que se inclui a clonagem reprodutiva humana.

A antiga Lei de Biossegurança Nacional (Lei nº 8974/1995), dispunha de modo genérico a respeito do uso das técnicas de engenharia genética e da liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados; além de prever procedimentos técnicos, definia diversos tipos penais e ainda trazia diversos conceitos.

Já a nova Lei de Biossegurança Nacional (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) autoriza a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e confere poder à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) para tratar da liberação do plantio e comercialização de transgênicos. Entre os seus diversos dispositivos, temos de destacar o seu artigo 3º, que conceitua clonagem como "processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética"; além disso, conceitua a clonagem para fins reprodutivos como "clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo"; clonagem terapêutica como sendo "clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica"; e células-tronco embrionárias como sendo "células de embrião que apresentam a capacidade de se

transformar em células de qualquer tecido de um organismo”.

É imprescindível ressaltar que o artigo 6º do mesmo diploma legal proíbe a “*engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano*”, bem como a clonagem humana.

Além dos dispositivos supra mencionados, a nova Lei de Biossegurança Nacional criou diversos crimes especiais: “*Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º (VETADO) § 2º Agrava-se a pena: I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia; II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente; III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem; IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem. Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patenteiar e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa”.*

Assim, a clonagem reprodutiva humana passou a ser considerada como crime pelo Ordenamento Jurídico pátrio, com penas altas e diversas causas de aumento de pena, impossibilitando o acesso do agente aos benefícios das Leis nºs 9099/95 e 10.259/01, aplicáveis apenas aos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima é igual ou inferior a dois anos de pena privativa de liberdade).

Existem na área da clonagem vários Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, dos quais poderiam ser destacados: o PL 04319/98 (o qual proíbe a clonagem humana e o desenvolvimento de clones humanos em útero humano, ou de qualquer animal, ou artificial), o PL 01499/99 (o qual proíbe a clonagem de células humanas com a finalidade de multiplicação de embriões), o PL 04060/98 (o qual proíbe a clonagem de seres humanos), o PL 0134/

99 (o qual regulamenta o uso e a divulgação do genoma humano), o PL 02811/97 (o qual proíbe experiências e clonagem de animais e seres humanos), o PL 02822/97 (o qual define como ação criminosa a utilização de qualquer técnica destinada a reproduzir o mesmo biotipo humano), o PL 02838/97 (o qual vedo a pesquisa e a realização de experiências destinadas à clonagem de seres humanos), o PL 02855/97 (o qual dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, incluindo a fecundação *in vitro*, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a crio-conservação de embriões e a gestação por substituição), PL 02865/07 (o qual dispõe sobre pesquisas envolvendo seres humanos e uso de técnicas de engenharia genética na modificação de organismos) e o PL 03638/93 (o qual institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, incluindo as questões relativas à fertilização *in vitro*, inseminação artificial e barriga de aluguel, nas formas de gestação de substituição ou doação temporária de útero).

Contudo, a regulação da matéria atinente à clonagem reprodutiva humana vinha sendo feita através dos órgãos do Poder Executivo, em especial pelas normas ditadas pelo Conselho Nacional de Medicina.

Nota-se, portanto, que a vedação expressa na legislação pátria específica, relativa à reprodução humana assistida, em especial a clonagem humana reprodutiva, constitui um entrave ao seu pleno desenvolvimento técnico-científico, bem como para sua difusão cultural e aplicação prática em âmbito nacional, isto porque a inviabilidade jurídica acaba por inibir investimentos e estudos, bem como impedir sua aplicação prática, enquanto atividade econômica.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À CLONAGEM HUMANA REPRODUTIVA

Os direitos humanos e garantias fundamentais têm prevalência na Constituição Federal pátria e, de forma reflexiva, em todo o Ordenamento Jurídico pátrio, conforme disposto no art. 4º, inciso II da Constituição Federal, pelo que os clones, uma vez considerados seres humanos, deverão ter todos os seus direitos, respeitados, garantidos e promovidos pelo Estado brasileiro. Desse modo, aplica-se à clonagem reprodutiva humana e aos clones todo o disposto na Constituição Federal, com relação aos direitos e garantias ali fomentados, individuais, sociais e coletivos, bem como, pelo disposto no § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos em Tratados Internacionais dos

quais a República Federativa do Brasil seja parte.

A Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso IV, prevê entre os objetivos fundamentais pátrios, a promoção do bem de todos, sem distinção ou discriminação, de modo a que tanto os seres humanos clônicos, quanto os seres humanos clonados estejam englobados na proteção trazida por esse dispositivo, cuja redação é a seguinte:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Ainda no texto constitucional há a previsão do Princípio da Igualdade no art. 5º caput, da Constituição Federal, que prevê que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, assegurando igualdade aos brasileiros e estrangeiros (residentes ou em trânsito - Vide RTJ 3/566 e STF – habeas corpus nº 74.051-3 – Relator Ministro Marco Aurélio), dentro do território nacional.

O ser clônico é um ser humano, tendo em vista a definição de Singer³, da Universidade de Princeton, que diz que “*Descrever um ser como “humano” é usar um termo que incorpora duas noções distintas: membro da espécie Homo sapiens, e ser uma pessoa, no sentido de um ser racional e autoconsciente*”.

Nota-se que o ser clônico atende aos dois requisitos para ser considerado ser humano, quais sejam ser membro da espécie Homo sapiens, até porque apresentará a mesma identidade genética e características que distinguem e individuam o ser humano, além de ter a capacidade de raciocinar e ser autoconsciente.

Assim, pela sistemática constitucional, em se considerando não haver distinção entre o ser humano clônico e os demais seres humanos, ambos deverão ter os mesmos direitos, deveres e garantias constitucionais, pois não havendo desigualdade, deverá então haver idêntico tratamento pela Magna Carta, bem como pelo restante do Ordenamento Jurídico.

Segundo leciona Moraes⁴ a respeito do direito à vida: “*O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidificação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se*

confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina”.

Assim sendo, os direitos e garantias constitucionais, previstos na Constituição Federal a todos os seres humanos no território pátrio, devem ser assegurados ao clone (ser humano clônico) desde o momento em que for concebido com vida e ainda, o direito constitucional à vida deverá ser assegurado ao clone desde o momento em que houver a formação do ovo ou zigoto, ou ainda do embrião, considerando-se que a vida intra-uterina é protegida pela Constituição Federal.

Frise-se que os direitos e garantias constitucionais dos seres humanos, inclusive clônicos, em regra geral são vitalícios, ou seja, somente cessam com a morte, vez que o Ordenamento Jurídico pátrio não considera o ser humano morto um sujeito de direitos (Novo Código Civil, art. 6º). Desse modo, apenas com o óbito atestado do ser clônico, deixará o mesmo de ser possuidor de direitos. A respeito dos critérios para verificação da morte dos seres humanos adotados no Brasil, tem-se sua aplicabilidade com relação aos seres clônicos também. Assim, aplica-se aos seres clônicos a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480 de 8 de agosto de 1997, que estabelece os “Critérios para a Caracterização de Morte Encefálica”, em face da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a qual dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Após a morte do ser clônico, aos seus descendentes, ascendentes e colaterais, bem como cônjuge ou companheiro, deverão ser aplicadas as disposições constitucionais no tocante aos seus direitos à herança e sucessão, conforme disposto no art. 5º, incisos XXX e XXII, da Constituição Federal.

Além do direito à vida e à igualdade o ser humano clônico terá todos os demais direitos e garantias constitucionais previstos na Carta Magna, considerando-se o princípio da igualdade, como, por exemplo, o direito à propriedade (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), o direito à cidadania (art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), o direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal) e o direito à nacionalidade (art. 12 da Constituição Federal).

Na essência constitucional, como um dos pilares da prevalência dos direitos humanos é necessário destacar o direito à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos formadores da República Federativa do Brasil, sendo um princípio

de importância extrema, inclusive como regra interpretativa e axiológica do Ordenamento Jurídico pátrio, encontrando-se expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e ainda disposto como um dos objetivos fundamentais, conforme disposto no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Por este princípio, deve ser garantido a todos a dignidade enquanto seres humanos, devendo-se incluir nessa proteção e objetivo tanto os seres humanos clonados, quanto os seres humanos clônicos, sendo um dever do Estado e um direito humano a ambos de ter assegurado a dignidade nos seus tratamentos e em oportunidades, garantindo-se o mínimo material necessário à vida saudável e aos seus desenvolvimentos físico e psíquico.

A dignidade da pessoa humana encontra-se entre os princípios constitucionais, devendo ser respeitada, como uma das obrigações fundamentais no Ordenamento Jurídico. Para Mello⁵: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e aluí-se toda a estrutura neles esforçada”.

Deve-se respeitar na clonagem reprodutiva humana, portanto, a dignidade tanto do ser humano clonado, quanto do ser humano clônico, em todos os seus aspectos, antes, durante e após o procedimento da clonagem, garantindo-se tratamento adequado a ambos, bem como oportunidades e o mínimo material necessário para que o clone uma vida saudável, com plenitude de acesso a condições que possibilitem os seus desenvolvimentos físico e psíquico, sendo inviável e inconcebível, no âmbito constitucional, que se proceda de modo contrário.

Ainda, soma-se ao princípio da dignidade da pessoa humana o disposto no art. 5º, inciso III da Constituição Federal, cuja transcrição é “ninguém será submetido a tortura, tratamento desumano ou degradante”, pelo que não poderão ser feitas “experiências” com os seres humanos clonados ou clônicos, os quais deverão ser tratados com respeito e dignidade.

Ao se fazer uma análise sistemática da Constituição Federal, considerando-se que o legislador constitucional proibiu a escravidão e qualquer forma de propriedade sobre o ser humano, tem-se a impossibilidade de que o ser humano

clônico venha a ser considerado propriedade do ser humano clonado, da família do ser humano clonado, do laboratório, clínica médica ou instituição onde foi efetuado o procedimento de clonagem, ou ainda do Estado. Ao contrário, será o clone livre no mais amplo aspecto de acepção de liberdade.

Assim, o direito à liberdade do ser humano clônico (art. 5º, “caput” e incisos IV, IX, XV, XLI, da Constituição Federal) está plenamente assegurada na Carta Magna e ainda vem corroborado pelo princípio da legalidade (art. 5º, inciso II da Constituição Federal), ao qual se unem a vedação constitucional à prisão perpétua (art. 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição Federal) e da pena de trabalhos forçados (art. 5º, inciso XLVII, “c”, da Constituição Federal).

É importante ressaltar também que a todo ser humano deverá ser sempre dada a faculdade de escolher se deseja ou não ser clonado, sendo sua vontade respeitada, não apenas pelo princípio da legalidade, mas também porque vem crescendo a idéia de que a carga genética de cada ser humano integra o seu patrimônio genético, o qual é único e constitui um direito à inexistência de outro ser com a mesma identidade genética (nesse sentido, tem-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos). Se o ser humano tem o direito de ser o único a apresentar aquela identidade genética, caso esse direito de ser único seja violado contra sua vontade, caberá a ele utilizar-se de todos os meios juridicamente aceitáveis para impedir ou minorar seus prejuízos, ou seja, poderá utilizar os mecanismos preventivo, repressivo e indenizatório, admitidos pelo Ordenamento Jurídico pátrio.

Com relação ao ser humano clônico, vale destacar também que ele será, portanto, uma pessoa, ou seja, um sujeito de direitos e deveres, o qual terá, pelo princípio da isonomia, os mesmos direitos e deveres que os demais seres humanos possuem, na medida da igualdade que possuam.

Assim, terá o ser humano clônico, por exemplo, de forma idêntica aos demais seres humanos, os mesmos deveres de prestar serviço militar, de votar (nos termos do art. 14 da Constituição Federal), de recolher os tributos devidos, entre outros.

Neste momento, com relação ao princípio da isonomia aplicado aos direitos do ser humano clônico, surge a questão de saber se o clone é desvinculado da família do ser humano clonado (do qual é cópia genética) ou se é equiparado a filho do ser humano clonado, ou a filho dos pais do ser humano clonado, passando a integrar essa família.

A consequência de considerar-se o clone como parte integrante da família do ser humano do qual foi clonado, implica em garantir-lhe o acesso aos direitos

preconizados nos artigos 227 e 229 (dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores), ambos da Constituição Federal, os quais constituem dever da família, sendo que se ele for considerado desvinculado da família, ficará sob a “tutela” do Estado, equiparando-se, enquanto criança ou adolescente, aos órfãos ou abandonados. E mais, se considerado integrante da família do ser humano clonado, terá o clone os direitos sucessórios de forma plena, devendo ser a ele garantido o seu quinhão na herança que porventura venha a existir em algum momento, o que não ocorreria se ele não fosse considerado integrante da família, sendo que não seria herdeiro obrigatório, nos termos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Se o clone não for considerado integrante da família, portanto, não será possuidor desses direitos, estando mais desprotegido.

Em uma análise contemplativa da axiologia constitucional, poder-se-ia considerar o clone um indivíduo integrante da família do ser humano clonado (do qual é cópia genética), isto porque, na Carta Magna, os direitos humanos têm prevalência, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado brasileiro, sendo certo que a interpretação do texto constitucional deve levar em conta os princípios e valores reconhecidos e pugnados.

Admitindo-se que o ser humano clônico faça parte da família do ser humano clonado, os direitos dele poderiam ser mais amplamente protegidos, como um dever não apenas estatal, mas primordialmente da família, o que se coaduna com os valores constitucionais da família e proteção das crianças e adolescentes, e em geral com a proteção dos direitos humanos como gênero.

E mais, considerar o clone como sendo integrante da família do ser humano clonado é a aplicação do princípio da isonomia, pois se não há distinção entre o ser humano clônico e os demais seres humanos com relação a possibilidade e direito à família, deverá ser aplicada a mesma regra a ambos de forma idêntica, sendo dado o mesmo tratamento sem distinção, ou seja, em todos os casos preservando-se o direito à família.

Se de outro modo for, quem quer que considere o clone indivíduo desvinculado da família do ser humano clonado estará incorrendo em constitucionalidade e em ilegalidade. Na lição de Sundfeld⁶ tem-se que: “*Em primeiro lugar, a lei agride a isonomia quando não revestida de generalidade ou abstração, isto é, quando beneficia ou prejudica sujeito determinado e perfeitamente individualizado no presente. Seria o caso da lei concedendo isenção de impostos às montadoras de automóveis*

constituídas no Brasil antes de 1960, e negando-a as demais. De outro lado, violenta a igualdade a lei que trate desigualmente pessoas, coisas ou situações com base em fatores estranhos a essas mesmas pessoas, coisas ou situações (...).”

Assim, dando o direito à família ao ser humano clônico, da mesma forma com que ocorre com os demais seres humanos, existiria uma “Justiça” com relação ao ser humano clônico, na acepção dada por Ulpiano “*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*” (A justiça consiste em dar a cada um o que é seu). Imprescindível deixar de citar o ensinamento do mestre Kelsen⁷: “*A fórmula de justiça mais freqüentemente usada é a conhecida suum cuique, a norma segundo a qual a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe é devido, aquilo a que ele tem uma pretensão (título) ou um direito*”.

Outrossim, não há dúvidas no sentido de que o ser humano clônico pode constituir família própria e patrimônio próprio, pois, sendo um ser humano, tem pleno potencial para tanto, sem com essa afirmação ingressar-se na discussão a respeito do acesso aos meios extrínsecos ao seu desenvolvimento, como, por exemplo, acesso à educação, entre outros.

Pelo exposto, verifica-se que aos seres humanos clônicos são aplicáveis, da mesma forma que aos demais seres humanos, todos os direitos humanos e deveres veiculados na Constituição Federal, sejam eles individuais, coletivos ou sociais, devendo ser preservada e respeitada a sua dignidade, em todos os seus aspectos, bem como a dignidade do ser humano clonado. Qualquer forma de discriminação fundada na forma de concepção dos clones seria um critério injusto, inconstitucional e ilegal, bem como um atentado contra os valores de igualdade e liberdade desenvolvidos ao longo da evolução da humanidade.

DA VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DA CLONAGEM REPRODUTIVA HUMANA

Uma vez delineados os principais aspectos constitucionais da clonagem reprodutiva humana, surge a dúvida sobre ser a clonagem reprodutiva humana vedada pela Constituição Federal. Surge também a dúvida a respeito de ser a clonagem reprodutiva humana vedada em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, os quais, para importante corrente doutrinária pátria, ingressariam no Ordenamento Jurídico pátrio com status constitucional quando veiculassem direitos humanos. Nesse sentido Piovesan⁸ diz que “*Em suma, a natureza constitucional dos tratados de*

proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5.º, parágrafo 2.º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional”.

Na esteira desse entendimento, veio a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual alterou diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 5º da Constituição Federal, o qual passou a ter seu parágrafo 3º com a seguinte redação, *in verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Analizando-se a Carta Magna pátria, nota-se facilmente que não há nenhum dispositivo que veda, ou seja, que proíba expressamente a clonagem humana, em ambas espécies, reprodutiva e terapêutica. É fácil entender a ausência, aliás, de qualquer norma constitucional que disponha diretamente sobre a clonagem, tendo em vista o momento histórico em que a Constituição foi promulgada, em data de 05 de outubro de 1988.

Nesse momento, o quadro nacional de desenvolvimento e o período pós-ditadura militar, além da irrelevância do tema, considerando-se que naquele momento o acesso técnico aos meios para se proceder à clonagem humana, ou até mesmo de animais, não permitiam ao legislador vislumbrar a necessidade regrar, de modo específico ou genérico, essa matéria.

Ademais, a Carta Magna, por trazer regras genéricas, princípios e regras específicas, mesmo que não proíba ou permita diretamente a clonagem humana, é fundamento de validade para a produção de normas infra-constitucionais que veiculem essa matéria.

O artigo 225 da Carta Magna delinea os princípios constitucionais relativos ao meio ambiente e impõe ao Poder Público, em seu § 1º, inciso II, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”. Essa norma genérica foi o embrião da antiga Lei de Biossegurança Nacional (Lei 8.974/1995), a qual proibia a manipulação genética, prevendo-a sob a forma de um tipo penal em seu artigo 13. Já a nova Lei de Biossegurança Nacional (Lei n. 11.105/2005),

lastreada no mesmo dispositivo constitucional proíbe a clonagem humana, prevendo tal conduta em tipo penal específico, como mencionado.

Apesar da norma infra-constitucional proibir a clonagem reprodutiva humana, de forma expressa e com sua previsão como tipo penal, a Constituição Federal não veda esse procedimento, trazendo apenas como regra geral o preceito de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, para cujo cumprimento o legislador infra-constitucional entendeu por bem vedar a manipulação genética, o que não significa, portanto, que a Carta Magna trouxesse essa proibição.

Considerando-se que a própria Constituição Federal tem por um de seus objetivos o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II), por esta ótica, a clonagem humana estaria harmonizada com o interesse jurídico econômico albergado nesse texto normativo, contribuindo na produção de riquezas para a nação.

Entretanto, para que se possa desenvolver a clonagem reprodutiva humana em âmbito nacional, sob a ótica constitucional, é imprescindível que essa atividade se coadune com a prevalência constitucional dos direitos humanos, de tal forma a que todos os direitos humanos constitucionalmente previstos e protegidos sejam preservados, tanto com relação ao clone, como com relação ao indivíduo clonado e terceiros que possam ser atingidos de maneira direta ou reflexiva por essa atividade.

Por uma exegese simples da Constituição Federal, tem-se que, ainda que ela não permita ou proíba a clonagem reprodutiva humana, de maneira expressa, limita-a por meio de seus princípios e regras, em especial pelos direitos humanos fomentados, como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida e demais direitos, os quais constituem uma obrigação de fazer, no sentido de garantir-los e criar meios para seu pleno exercício e desenvolvimento, e uma obrigação de não fazer nada que os prejudique (abstenção), salvo se para atender a um interesse jurídico constitucional maior, o que não ocorre na clonagem reprodutiva humana.

Assim, para que haja viabilidade constitucional, há uma necessidade de harmonização da atividade de clonagem reprodutiva humana com as regras e princípios constitucionais, de forma a respeitar-se o disposto na Carta Magna pátria.

Desse modo, existe viabilidade constitucional para a clonagem reprodutiva humana, porém limitada nos direitos e garantidas constitucionais, bem como nos princípios, objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ainda, em âmbito internacional, o Brasil não é signatário de nenhum tratado que verse sobre a

clonagem reprodutiva humana, de forma direta, não havendo integração do Ordenamento Jurídico pátrio por esta via, sendo certo que, ainda que se considere que normas que veiculem direitos humanos, advindas de tratados internacionais venham a integrar o ordenamento jurídico com status constitucional, no presente momento essa integração ainda não ocorreu, o que não impede que no futuro o país celebre algum tratado a respeito dessa matéria, vedando ou permitindo a atividade de clonagem reprodutiva humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A clonagem reprodutiva humana tem viabilidade constitucional, nos limites dos direitos humanos individuais, coletivos e sociais, os quais não podem ser aviltados ou atingidos, devendo todos os direitos do clone, do ser humano clonado, da família e da sociedade ser preservados, resguardados e

garantidos. Além disso, os valores e princípios constitucionais também devem ser respeitados.

A Constituição Federal pátria não veda a clonagem reprodutiva humana, aliás, como também não veda as demais técnicas de reprodução humana assistida, limitando-se a dizer no seu art. 225, § 1º, inciso I, que incumbe ao Poder Público “*preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”.

A vedação atual à clonagem reprodutiva humana encontra-se na nova Lei de Biossegurança Nacional, na qual o legislador infra-constitucional proibiu expressamente a clonagem humana e também a tipificou como crime.

Assim sendo, pode-se dizer que não é possível atualmente proceder-se à clonagem humana reprodutiva no Brasil, sob pena de prática de crime, não por uma vedação constitucional expressa, mas por desígnio do legislador infra-constitucional.

Glina N. Human reproductive cloning: main legal and constitutional aspects. Saúde, Ética & Justiça. 2005;10(1/2):29-37.

ABSTRACT: This study aims to analyze the most important aspects of the human reproductive cloning, from the view point of the Brazilian Federal Constitution of 1988. To achieve the purposed aim, the research and analysis of the recent legal and constitutional aspects which can be related to human reproductive cloning has been performed.

KEY WORDS: Cloning, organism/legislation & jurisprudence. Cloning, organism/ethics. Bioethical issues.

REFERÊNCIAS

1. Zatz M. Clonagem humana: conhecer para opinar. Disponível em: http://www.mct.gov.br/especial/clone02_2.htm
2. Cárdia LAM. Biodireito: em defesa do patrimônio da humanidade. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art02/ambie19.htm>
3. Singer P. Texto. In: Honderich T, edited. Oxford companion to philosophy. Trad. Faustino Vaz. OUP; 1995. Disponível em: <http://www.amazon.co.uk/exec/obidos/ASIN/0198661320/desiderionet>
4. Moraes A de. Direito constitucional. 11a ed. São Paulo: Atlas; 2002. p.64.
5. Mello CAB de. Elementos de direito administrativo. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1991. p.300.
6. Sundfeld CA. Fundamentos de direito público. 4a ed. São Paulo: Malheiros; 2000. p. 169.
7. Kelsen H. O problema da justiça. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes; 1998. p.18.
8. Piovesan F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 3a ed. São Paulo: Max Limonad; 1997. p.98.
9. Center for Genetics and Society. O desafio do limiar das novas tecnologias de genética humana. Disponível em: <http://www.genetics-and-society.org/portugues/desafio.html>