

A CLONAGEM HUMANA NUMA NOVA GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL: A APLICABILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Bernardo Abreu de Medeiros*

RESUMO

Tendo em vista os recentes avanços da ciência, sobretudo na área de manipulação genética, a questão da clonagem humana surge como um dos grandes desafios a ser encarado. Nesse trabalho buscamos fazer uma análise não só jurídica, mas também técnica, ética e moral do tema, tendo como ponto de partida um estudo sobre a Bioética, passando pelo surgimento do Biodireito para então chegar à análise da viabilidade da clonagem humana em nosso ordenamento jurídico sob o prisma dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional de 1988. Finalmente, confrontaremos essa realidade com a proposta de uma nova gramática constitucional elaborada por Günther Frankenberg em sua obra *A Gramática da Constituição e do Direito*.

PALAVRAS-CHAVES

BIODIREITO; BIOÉTICA; CLONAGEM HUMANA; DIGNIDADE HUMANA

ABSTRACT

In view of the recent advances of science, above all in the area of genetic manipulation, the question of the human cloning appears as one of the great challenges to be faced. In this work we search to make an analysis not only legal, but also technique, ethics and moral of the subject, having as starting point a study on the Bioethics development, passing for the sprouting of the Bioright, finally arriving at the analysis of the viability of the clonagem human being in our legal system under the prism of the basic rights assured by the Constitution of 1988. Finally we'll analyze this reality with the proposal

* Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bolsista CAPES.

of a new constitutional grammar elaborated by Günther Frankenberg in *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*

KEY WORDS

BIOLAW; BIOETHICS; HUMAN CLONING; HUMAN DIGNITY

ANTES DE TUDO O SER HUMANO

“Não viva nessa terra
como um estranho
ou como um turista na natureza.
Viva neste mundo
como na casa do seu pai:
creia no trigo, na terra, no mar,
mas antes de tudo creia no ser humano.
Ame as nuvens, os carros, os livros,
mas antes de tudo ame o ser humano.
Sinta a tristeza do ramo que seca,
do astro que se apaga,
do animal ferido que agoniza,
mas antes de tudo
sinta a tristeza e a dor do ser humano.
Que lhe dêem alegria
Todos os bens da terra:
a sombra e a luz lhe dêem alegria,
as quatro estações lhe dêem alegria,
mas sobretudo, a mãos cheias,
lhe dê alegria o ser humano!”

Nazim Hikmet

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a clonagem humana, tida como um dos mais polêmicos e inusitados avanços da engenharia genética, tem causado discussões morais, éticas, jurídicas e científicas.

Assinala com propriedade José Alfredo de Oliveira Baracho:

“Descobertas fundamentais, no domínio da Biologia, são hoje examinadas ao lado dos Direitos Fundamentais, pelas repercussões que tem sobre a vida humana, os Direitos e a Cidadania. (...)

Na segunda metade do século XX, a maior parte dos progressos médicos acarretaram sérias preocupações entre os estudiosos dos Direitos, tendo em vista os diversos domínios que a Bioquímica, a Biofísica (...)

A revolução terapêutica, o desenvolvimento da Bioética e do Biodireito, as manipulações sobre a vida, levaram à produção de normas jurídicas, sendo que, em certas ocasiões surgem situações de emergência de regulações pré ou pára-jurídicas.”¹

Distintas são as reações encontradas no meio social. Deve-se buscar revelar a que ponto a ciência já interferiu e até onde deve passar a interferir no corpo humano, num trabalho constante e infindável de harmonização entre Ciência, a Ética e o Direito.²

Este conciso trabalho busca realizar uma análise crítica da clonagem humana, levando em conta parâmetros da bioética, o ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente e a leitura de uma nova gramática constitucional proposta por Günther Frankenberg em sua obra *A Gramática da Constituição e do Direito*.

1. A clonagem humana

A clonagem é uma forma de reprodução assexuada, feita artificialmente, tendo como base um único patrimônio genético. Os indivíduos fruto deste processo possuem as mesmas características genéticas do indivíduo doador dos cromossomos, pois um único patrimônio genético pode ser reproduzido diversas vezes.

A técnica da clonagem pode ser classificada, basicamente, em duas formas, isto é, na separação de células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular; ou então pela substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente.

¹ BARACHO, 1997, p. 5

² BARBOZA, 2007, p. 185

De acordo com a primeira forma de classificação, a separação provocada das novas células de um embrião produzirá novos indivíduos exatamente iguais quanto ao patrimônio genético, mas diferentes de qualquer outro existente. É o que ocorre na natureza quando da geração de gêmeos univitelinos, cuja origem se dá a partir de um mesmo óvulo e de um mesmo espermatozóide. Em 1993, o Prof Jerry Hall realizou esse experimento com embriões humanos.

A segunda forma de clonagem, que reproduz assexuadamente um indivíduo igual a outro pré-existente, já foi empregada em mamíferos, como o notório caso da ovelha Dolly.

Esta técnica foi proposta de forma teórica em 1938 pelo Prof Hans Speman, Prêmio Nobel de 1935. O primeiro experimento bem sucedido foi realizado em 1952 pelos Drs Robert Briggs e Thomas King, do Instituto Carnegie de Washington, obtendo assim os primeiros de clones de rãs.

O grande marco na clonagem se deu, no entanto, em 1996, quando o professor Ian Wilmut, do Roslin Institute, chefiando uma equipe de pesquisadores, realizou a substituição do núcleo de um óvulo pelo de uma célula mamária oriunda de uma ovelha adulta.

Este fato fez ressurgir o debate sobre a adequação da pesquisa genética, e como veremos adiante, as respostas éticas e jurídicas à possibilidade da clonagem humana.

Creemos que a não continuidade da pesquisa representaria um retrocesso ao avanço já alcançado, mas como ressalta Adriana Diaféria, “o devido controle e uma orientação voltada a atingir os novos benefícios para humanidade, pois a responsabilidade do ser humano, a cada nova descoberta, adquire um maior espectro de incidência e, portanto, uma maior possibilidade de gerar conseqüências para toda humanidade.”³

De outro lado, Ronal Dworkin sustenta que não há nada de errado na aspiração independente de tornar as vidas das gerações futuras mais longas e mais

³ DIAFÉRIA, 1999, p. 148.

repletas de talento e, pro consequente, realizações. Em sua obra *A virtude soberana* afirma:

Pelo contrário, se brincar de Deus significa lutar por aprimorar nossa espécie, trazer aos nossos projetos conscientes a resolução de aperfeiçoar o que Deus, de maneira deliberada, ou a natureza, às cegas, fez evoluir no decorrer dos tempos, então o primeiro princípio do individualismo ético rege tal luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que se impeçam os cientistas e os médicos de travá-la.⁴

2. A bioética

A expressão bioética foi utilizada pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte americano Van Rensselaer Potter, em seu livro *Bioética: uma Ponte para o Futuro*, publicado em 1971, baseado em seus artigos das décadas de 50 e 60. Abordando-a num sentido ecológico, ele a considerava como a “ciência da sobrevivência”. Para Potter, a bioética seria uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, possibilitando a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.⁵

Esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, um obstetra holandês, que passou a considerar a bioética como “a ética das ciências da vida”. Com isso, a bioética, como prefere Jean Pierre Marc Cergnes, é uma ética biomédica.

A *Encyclopedia of Bioethics*, em sua segunda edição, de 1995, conceitua a bioética como um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética) e a define como “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.⁶

⁴ DWORKIN, 2005, p.644

⁵ COSTA, GARRAFA e OSELKA, 1998 p. 15

⁶ DINIZ, Maria Helena, 2002, p. 10

Maria Helena Diniz, referindo-se a lição de Fermim Roland Schramm afirma ser a bioética, num sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocado pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente, à clonagem humana, à maternidade substitutiva etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente e da degradação do equilíbrio ecológico. Assim sendo, constituiria uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática biotecnocientífica. Como o *know-how* biotecnocientífico levanta questões quanto à segurança biológica e a transmutação dos valores morais, apenas a bioética poderia avaliar seus benefícios, vantagens e perigos para o futuro da humanidade.⁷

Na passagem dos anos 70 aos 80, a bioética se baseou em quatro princípios enaltecidos da pessoa humana. Dois deles, como nos ensina o professor Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, são deontológicos – não maleficência e justiça – e dois são teleológicos - beneficência e autonomia.⁸

Esses princípios foram inicialmente consagrados em 1978 no *Relatório Belmont*, publicado pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental. Seriam racionalizações abstratas de valores que decorrem da própria interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.

Num panorama de incertezas éticas que pairava sobre a pesquisa científica do período, a divulgação do *Relatório Belmont* significou um verdadeiro divisor de águas para os estudos da ética aplicada. A estruturação mínima proposta pelo Relatório, representada pela eleição de princípios éticos, foi o marco inicial de que a bioética necessitava para sua definitiva estruturação nos centros universitários e acadêmicos. Foi, então, a partir da publicação do Relatório que teve início à formalização definitiva da bioética como um novo campo disciplinar. O Relatório

⁷ DINIZ, Maria Helena, 2002, p. 11.

⁸ COSTA, GARRAFA e OSELKA, 1998, p. 15.

introduziu três princípios básicos: o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça, compondo a chamada “trindade bioética”.

Foi somente com a publicação de *Princípios da Ética Biomédica*, da autoria do filósofo Tom Beauchamp e do teólogo James Childress, em 1979, que a bioética consolidou seu poder teórico, especialmente entre as universidades norte americanas. *Princípios da Ética Biomédica* representou a primeira tentativa bem-sucedida de se instrumentalizar os dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença ou, nas palavras dos autores, “... este livro oferece uma análise sistemática dos princípios morais que devem ser aplicados à biomedicina...”.⁹ A proposta teórica de Beauchamp e Childress trilhava o caminho aberto pelo Relatório Belmont alguns anos antes, sustentando a idéia de que os conflitos morais poderiam ser mediados pela referência a algumas ferramentas morais, os chamados princípios éticos.¹⁰

O livro tinha como alvo um público bastante eclético: de médicos a professores, passando por enfermeiras, pesquisadores, responsáveis pela elaboração de políticas públicas de saúde, estudantes, teólogos e cientistas sócias, entre outros. Essa variedade de perspectivas que a obra acreditava poder alcançar já indicava de certa maneira o espírito multidisciplinar da bioética deveria tomar. O objetivo do livro foi permitir uma análise sistemática dos princípios morais que deveriam nortear a mediação de dilemas relacionados à prática biomédica.

De acordo com a abordagem ética já predefinida pelo Relatório Belmont, documento de cuja elaboração Beauchamp havia participado, *Princípios da Ética Biomédica* sugere, então, quatro princípios éticos como alicerce de uma teoria bioética sólida: autonomia (o chamado respeito às pessoas), beneficência, justiça e não-maleficência (desdobramento do princípio da beneficência).¹¹

No início do século XXI, não restam dúvidas de que a bioética e o biodireito não poderão ficar à margem dessa realidade nem do fato de certos conceitos jurídicos terem ficado ultrapassados, pois, como bem acentuou Habermas, “na medida em que ciência e técnica penetram nos âmbitos institucionais, começam a

⁹ V. BEAUCHAM e CHILDRESS, 1979.

¹⁰ DINIZ e GUILHEM, 2002, p 25.

¹¹ V. BEAUCHAM e CHILDRESS, 1979.

desmoronar-se as velhas legitimações”¹², Isto requer, dentre outros fatos, uma adaptação do direito atual às situações inusitadas engendradas pelo progresso biotecnológico; a preservação da ética no direito para que ele e a vida humana possam ter evidência; a promoção de uma forma de controle democrático do processo de inovação biotecnocientífico e de uma ética da liberdade e da responsabilidade, estabelecendo limites exatos de sua licitude, indicando até onde poderá chegar.

O grande desafio deste século será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, ao considerá-lo como o novo paradigma biomédico humanista, dando-lhe uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural entre os povos, encorajando-os a unirem-se na empreitada de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida.¹³

3. A expansão dos direitos fundamentais e o surgimento de um direito à proteção do patrimônio genético humano

A expansão do rol de direitos e garantias fundamentais positivados pelas diversas constituições fez com que surgissem diversas classificações e conceituações que, por vezes, imprecisões semânticas.

De acordo com o professor Canotilho, as mais utilizadas são direitos do homem e direitos fundamentais, como expressões sinônimas, apenas revelando que *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos e *direitos fundamentais* são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os *direitos do homem* emergiriam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal, universal; os *direitos fundamentais* seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁴

¹² ALMARAZ, 1998, p.20.

¹³ DINIZ, Maria Helena.2002, p.766

¹⁴ CANOTILHO, 2003, p. 359

De outra sorte, Konrad Hesse sustenta que os direitos fundamentais visam a criação e a manutenção dos pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana, ou ainda, mais especificamente, seriam aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais¹⁵

Partindo de uma visão distinta, Norberto Bobbio se refere à relatividade dos direitos fundamentais, pois, na sua concepção, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas”¹⁶

A história dos direitos fundamentais teve seu nascedouro, segundo Carl Schmitt com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, prelecionando, *verbis*:

La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo – según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como ‘Bill of Rights’, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, ‘La declaración de derechos del hombre y del ciudadano’, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776...

Todavía, é com a Revolução Francesa de 1789 que se estabelece um marco teórico de concretude da positivação dos direitos fundamentais, pois passa a ser consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais – a chamada primeira dimensão ou geração de direitos.

Uma segunda geração de direitos, com notada expansão no século XX é a dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou das coletividades, tratados nas Constituições do Estados Sociais, com forte cunho

¹⁵ BONAVIDES, 1994, p.514.

¹⁶ BOBBIO, 1992, p 19

¹⁷ SCHMITT, 1992. p. 164.

ideológico, vinculados à idéia do princípio da igualdade, que surgiram em decorrência das grandes transformações sociais que ocorreram nessa época, reflexos da revolução industrial, da luta de classes e do adensamento populacional nas cidades.¹⁸

O final do século XX vê surgir uma nova dimensão de direitos – chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que transcenderiam o âmbito de proteção dos direitos individuais e coletivos para promoção da fraternidade. Paulo Bonavides a conceitua como

“um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”¹⁹

Nessa nova dimensão de direitos é que se insere aquele que diversos juristas passaram a denominar direito a proteção do patrimônio genético humano.

4. Trato constitucional e infraconstitucional da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro

O texto constitucional positivou este direito em seu artigo 225. De acordo com Adriana Diaféria²⁰, ele deve ser entendido com base nos supramencionados princípios éticos da justiça, da autonomia, da beneficência e da não maleficência. A

¹⁸ DIAFÉRIA, 1999, p. 49.

¹⁹ BONAVIDES, 1994, p. 552

²⁰ DIAFÉRIA, 1999.

partir destes, e com um enfoque especial nos princípios constitucionais da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III), na **proteção à vida** (art, 5º caput), ao **desenvolvimento da ordem econômica** (art. 170) e ao **incentivo ao progresso científico** (art. 218 § 4º) estruturou-se o direito a proteção do patrimônio genético humano.

Destes princípios, o da dignidade humana vem sendo colocado no cerne das discussões, e utilizado como fundamentação para posturas tanto favoráveis como contrárias à clonagem humana.

Mas como bem ressalva Heloisa Barboza, apesar da dignidade humana ser o princípio supremo de nosso ordenamento, não se pode afirmar, isoladamente e *a priori*, que “a clonagem terapêutica a afrontaria, se considerando que os princípios adotados pela Constituição da República, em conjunto, configuram verdadeira clausula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”²¹ Assim, deve-se buscar um ponto de equilíbrio fruto da ponderação dos princípios envolvidos tomando por base a pessoa humana.

Do ponto de vista infraconstitucional, a Lei nº 8.974, promulgada em 5 de janeiro de 1995, regulamentando os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecia normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, sendo o diploma que regulava a matéria em análise até 2005.²²

No que concerne a determinadas condutas de manipulação genética, a Lei nº 8.974/94 estabeleceu infrações administrativas (arts. 8º e segs.) e criminais (art. 13).

No âmbito penal, tipificava como crime a manipulação genética de células germinais humanas (inc. I); a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos — mesmo que não se verifique qualquer resultado (inc. II) e majorando a sanção de acordo com o resultado causado à vítima (§ 1º a § 3º); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível (inc. III); a intervenção in

²¹ BARBOZA, 2007, p. 198

²² Em sentido contrário, sustentando que até o advento da Lei 11,105 o assunto da clonagem humana era “puramente especulativo no Brasil”, v. SÁ e NAVES, 2007, p. 266

vivo em material genético de animais que não constituam significativo avanço científico e desenvolvimento tecnológico (inc. IV); a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio.

A técnica utilizada pelo legislador penal, no entanto, era tão inadequada que os tipos legais de crime nasceram mortos, sendo certo terem existido no papel por uma década sem jamais terem sido aplicados ou, sequer, levados a sério. Apenas para se ter uma idéia, os tipos nem mesmo verbo possuíam, limitavam-se a descrever situações supostamente indesejadas, mas descreviam-nas de modo tão genérico que acabavam por proibir tudo e, ao mesmo tempo, não proibir nada.

Em 24 de março de 2005 entrou em vigor a nova lei de biossegurança (Lei 11.105/05), revogando a anterior. Foi promulgada com o objetivo de estabelecer normas de segurança referentes às práticas envolvendo organismos geneticamente modificados — OGM — bem assim diretrizes ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Tal qual a lei revogada, a Lei 11.105 elenca uma série de definições conceituais em seu artigo 3º. A partir da leitura deste dispositivo, pode-se evidenciar a evolução conceitual pela qual passou a matéria nestes dez anos que as separam. No tocante à clonagem, por exemplo, a lei distingue expressamente a clonagem reprodutiva da terapêutica (incisos IX e X do art. 3º), distinção esta que inexistia no diploma anterior.

No que concerne à parte penal, a lei tipifica como crimes seis condutas²³, dentre elas “realizar clonagem humana”

²³ São elas **1.** utilizar embrião humano fertilizado *in vitro* para outro fim que não para implantação, ou, no caso de embriões inviáveis ou congelados há, pelo menos, 3 (três) anos, para a extração de células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, e isso com consentimento dos “genitores”; **2.** praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano; **3.** realizar clonagem humana; **4.** liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização; **5.** utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso; **6.** produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM

Da simples leitura dos tipos legais de crime pode-se verificar que a nova legislação não atende aos princípios da moderna dogmática penal. No crime de utilização ilícita de embriões, não se pretende, diretamente, a tutela de um bem jurídico, e sequer se identifica com clareza o valor que se quer proteger, busca-se por meio de norma penal apenas reforçar as regras sobre fertilização *in vitro*. Não há, assim, que se falar que o bem jurídico tutelado é a vida, mesmo porque a Lei de Biossegurança, em seu todo, não reconhece vida no embrião pré-implantatório, tendo, inclusive, ensejado a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510 - proposta pelo então procurador-geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, que identifica nas disposições legais verdadeira afronta à vida humana, que ele vislumbra nos ditames constitucionais a partir da concepção, vale dizer, a partir da conjugação do óvulo e do espermatozóide.

No crime de prática de engenharia genética em embriões, o legislador de forma questionável incriminou toda e qualquer forma de alteração gênica, impedindo intervenções terapêuticas já vislumbradas em pesquisas de todo o mundo.

Na incriminação da clonagem humana, pretende o legislador tutelar a individualidade do ser humano, considerando que a duplicação genética de indivíduos é atentatória à dignidade da pessoa humana. Entretanto, de se notar que no atual estágio das pesquisas científicas, a hipótese de clonagem humana não se apresenta, havendo, no máximo, condutas voltadas a esse fim, que não estariam abrangidas pelo tipo, sendo que, essas sim, poderiam apresentar algum grau de lesividade.

Quanto aos crimes voltados à tutela do meio ambiente em face de potenciais riscos apresentados pelos OGM, o legislador se limitou a incriminar condutas que desobedeçam às normas e posturas na CNTBio, reconhecendo, desde logo, que as normas administrativas são frágeis ou insuficientes para a proteção dos valores ético-sociais cujo risco de lesão foi, ou deveria ter sido, identificado pelo legislador.

Em conclusão, além das normas penais carecerem de melhor rigor técnico em sua elaboração, não se apresentam sistematizadas e nem de longe atendem aos

ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CNTBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

princípios da intervenção mínima e da *última ratio*. Com tudo isso, o que nos resta afinal é reconhecer a entrada em nosso mundo jurídico de mais algumas normas penais fadadas a jamais serem aplicadas.

Finalmente, em relação à clonagem humana, embora haja a expressa distinção da clonagem terapêutica e reprodutiva, ao estabelecer as condutas tipificadas como crime, o legislador deu a elas o mesmo trato, vedando ambas sob a redação “realizar clonagem humana” (art. 26)

5. A análise da clonagem humana por Günther Frankenberg na sua nova gramática constitucional.

Günther Frankenberg propõe em seu livro uma nova gramática constitucional e parte para uma análise empírica da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do clone. Inicia sua exposição alertando para falta de uniformização normativa europeia acerca da manipulação genética humana. Sustenta que “ enquanto a técnica genética não ultrapassar o limite seleção embrionária e avançar para clonagem, ela não atinge nenhum limite normativo uniforme ao nível inter e supranacional”²⁴

Frankenberg acentua a dificuldade da ética disciplinar o conhecimento tecnológico e aponta argumentos opostos para utilização da ética aplicada à questão. De uma lado, Jürgen Habermas, que apóia sua crítica ao avanço genético tendo por base a tese do “domínio escravo dos genes”, pois o clone seria um escravo, já que alguém teria tomado uma decisão irrevogável sobre ele antes mesmo do seu nascimento.

De outro lado, estaria a polêmica concepção de Peter Sloterdijk, que defende a criação de um “parque biológico”, vendo na clonagem uma insurreição contra a submissão ao acaso biológico, implicando assim num “planejamento esclarecido a favor de uma nobreza talentosa”²⁵

Frankenberg defende assim que a ética pode ser uma bandeira levantada para as causas mais diversas e as limitações à pesquisa científica deve encontrar algum

²⁴ FRANKENBERG, 2007, p.323

²⁵ FRANKENBERG, 2007, p.325

tipo de justificação. Surgiriam assim duas linhas de justificação: uma ligada ao conceito de igualdade, pois a clonagem humana possibilitaria a produção de alguém não completamente humano, mas descarta desde logo essa justificação pois ela estaria baseada em supostas reações sociais que seriam efeitos indiretos e presumidos.

Uma posição mais forte em favor da proibição do clone estaria fundada no princípio da dignidade humana, mas assinala desde logo a dificuldade na sua conceituação. Três seriam as teorias de sua determinação.

A primeira delas é teoria do dote, segundo a qual a dignidade seria um direito natural, e portanto inata. Levando-se em conta esta teoria, não há que se falar em impedimento à clonagem em nome da dignidade pois se ela é inata, o indivíduo clonado também já nasceria com ela.

A segunda teoria é a da prestação, que teria como Luhmann seu principal expoente, o ser humano só adquiria individualidade consciente quando se apresentasse como parceiro da interação. A dignidade se caracterizaria pela “bem lograda auto-representação”, mas Frankenberg considera “questionável” esta concepção e a descarta.²⁶

A terceira teoria seria a do reconhecimento, segundo a qual a dignidade humana seria adquirida através da relação. Também não se poderia proibir a clonagem humana com base nessa teoria pois o clone poderia alcançar a dignidade humana através de relações de reconhecimento social.

Resta então uma tese não interpretada, defendida por Theodor Heuss, denominada de “fórmula do objeto”. Assim, o ser humano teria sua dignidade respeitada sempre que for tido como fim, e não como meio. No entanto se trata de uma objeção empírica, e não teórica, não podendo ser utilizada como marco sistemático e normativo.

Assim, uma vez desconstruída teoricamente a dignidade humana, Frankenberg passa a análise empírica da questão a partir da perspectiva do original e de seu clone.

²⁶ FRANKENBERG, 2007, p. 327

Do ponto de vista do ser original, deverá prevalecer a sua vontade ou consentimento, e nega-la em nome da dignidade humana é substituir a autodeterminação pela determinação alheia

Do ponto de vista do clone, poderia ser atingia a sua individualidade, mas Frankenberg rebate essa visão com exemplo dos gêmeos univitelinos, que apesar de compartilharem um código genético comum não tem o desenvolvimento de sua individualidade impedido.

Assim, conclui Frankenberg que os que são contrários à clonagem humana, não o são com base na dignidade humana, mas com base na dignidade da humanidade como um todo. E propõe como solução uma tríade que se apóia num amplo debate público, numa solução política, e num compromisso constitucional.

Em consonância com a idéia de um amplo debate público, o Supremo Tribunal Federal promoveu no dia 4 de maio de 2007 uma audiência pública para debater a Lei de Biossegurança.

6. A audiência pública do STF

O evento, inédito na história da Suprema Corte, visou reunir informações científicas para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3510), proposta pela Procuradoria-Geral da República contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. A PGR busca a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos por entender que não há permissão legal para a utilização dessas células. A audiência pública foi presidida, ministra Ellen Gracie, e pelo relator da referida ADI, ministro Carlos Ayres Britto.

Diversos especialistas foram ouvidos, dentre eles, O médico Drauzio Varella, que dirige, ao longo do Rio Negro, um projeto de bioprospecção de plantas brasileiras para testar no combate a células tumorais malignas e a bactérias resistentes a antibióticos; a antropóloga Débora Diniz, diretora-executiva da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e professora da Universidade de Brasília (UnB) e Oscar Vilhena Vieira, advogado especialista em direitos humanos, professor da

Escola de Direito da FGV e da PUC-SP e diretor-executivo da Conectas Direitos Humanos.

No presente momento, a ação ainda se encontra em tramitação estando os autos conclusos ao relator.

7. Considerações Finais

De todo o exposto, podemos concluir que a questão da manipulação genética humana é extremamente controversa e seus desdobramentos perpassam os campos da moral, da religião, do direito, da medicina e da tecnologia.

Ainda não se conseguiu estabelecer marcos regulatórios seguros, pois estes ou são carentes de um mínimo de uniformidade, como assegura Frankenberg em relação à Europa, ou são tecnicamente frágeis e sujeitos a constantes disputas judiciais como ocorre com nossa legislação nacional.

Mesmo assim, se tomamos por base o trato da matéria e a maturidade do debate em 1995, quando surgiu o primeiro diploma legal para regular a matéria no Brasil, eo comparamos com a lei 11.105/05 e o atual debate da questão, incluindo a recente audiência pública do STF, vemos o quanto já caminhamos. Mas ainda há muito mais por caminhar.

A análise crítica da questão feita por Günther Frankenberg, em que pese sua lamentável tradução para o português, toca em pontos cruciais da questão. Se o autor é extremamente feliz na sua problematização, não consideramos que também o seja nas conclusões a que chega, já que, a fim de descartar a dignidade humana como marco regulatório, constrói um conceito muito frágil de dignidade para facilitar sua desconstrução. Dentre as três alternativas que apresenta, “solução política” e “compromisso constitucional” são tão vagas e amplas que até mesmo a dignidade humana que ele refuta pode ser considerada como uma solução política e um compromisso constitucional.

Parece-nos que um amplo debate público é a chave da questão, aliado a uma regulação infraconstitucional dada a maleabilidade e agilidade de transformações pelas quais passa o tema. Em sede constitucional, deve-se restringir o debate à principiologia norteadora, cabendo o regramento técnico à alçada infraconstitucional.

Uma última questão ainda merece destaque: o trato da clonagem humana deve ser dado de maneira distinta, pois sob esta mesma denominação encontram-se a clonagem terapêutica, aquela com objetivo de produção de células tronco embrionárias para fins terapêuticos, como também a clonagem reprodutiva, que é aquela com a obtenção de um indivíduo. Esta última, apesar de ser a de maior apelo midiático, está hoje reservada a debates puramente teóricos ou com fins cinematográficos, possuindo tantas repercussões religiosas que sua liberação é impensável no cenário contemporâneo. O debate científico e jurídico está focado na clonagem terapêutica, tendo em vista o leque de possibilidades curativas que esta técnica pode propiciar. Resta-nos acompanhar o amadurecimento do debate, buscando que ele seja instruído por um debate livre, esclarecido e democrático.

REFRÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999.

ABREU, Pedro Manoel. *Clonagem – Reprodução Assexuada – Aspectos jurídicos e bioéticos*. Disponível em : < <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/clonagem.pdf>>

ALMARAZ, Maria Jesus Moro. *Aspectos civiles de la iseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona: Bosh, 1988

ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Direito de Experimentação sobre o Homem e a Biomédica*. Belo Horizonte: O Sino de Samuel, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena. Clonagem Humana: uma questão em aberto. In SARMENTO, DANIEL e PIOVESAN, Flávia (coord.) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- COSTA, Sergio; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.
- DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Limites Éticos e Jurídicos a Experimentação Genética em Seres Humanos: a Impossibilidade de Clonagem Humana no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In Doutrina ADCOAS, Rio de Janeiro, v.1, n.9, p 319-325, set. 1998
- FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito, As Ciências e as Leis Bioéticas*. In Biodireito – Ciência da Vida, Novos desafios. São Paulo: RT, 2001
- LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872> .
- MACHADO, Luiz Carlos. *Clonagem*. Disponível em: <http://www.ufv.br/dgb/BIO240/C009.htm>
- NETO, Francisco Vieira Lima. *Responsabilidade Civil das empresas de engenharia genética*. Rio de Janeiro: Editora de Direito, 1997.

NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. *O direito penal em face da revolução biológica*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 9

PARDO, Antonio. *La clonacion humana*. Disponível em: <http://www.unav.es/bioetica/clonacion.html>.

SÁ, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Clonagem Humana. In SARMENTO, DANIEL e PIOVESAN, Flávia (coord.) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2002

SAWEN, Regina Fiúza; HRYNYZWICZ, Severo. *O direito "in vitro"*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SCMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Alianza Editorial. 1992.

SEGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

WELTER, Larissa Cristine Machado. A regulamentação internacional do uso de células-tronco embrionárias obtidas pela clonagem terapêutica . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 604, 4 mar. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6397>