



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

RAMON VINÍCIUS DE VARGAS

**Clonagem Terapêutica e o Direito: aspectos críticos e a possibilidade de sua
utilização no Brasil**

**Curitiba
2012**

RAMON VINÍCIUS DE VARGAS

**Clonagem Terapêutica e o Direito: aspectos críticos e a possibilidade de sua
utilização no Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso, desenvolvido sob orientação do Prof.º Dr. José Antônio Peres Gediel, e apresentado como requisito parcial para a colação de grau como bacharel no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Curitiba

2012

"Ninguém sabe tanto que não possa aprender,
nem tão pouco que não possa ensinar.".

Píndaro

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter sido minha fortaleza espiritual, meu refúgio e minha segurança. Por ter me presenteado com o dom da vida; por ter me dado tudo o que eu tenho de mais valioso: minha saúde, minha família, e meus amigos. Por jamais ter me abandonado, e por ter tornado tudo isso possível.

Aos meus pais, Cláudia e Roberto, a verdade é que qualquer agradecimento seria pouco; seria ínfimo perto de tudo o que fizeram por mim; insignificante perto do que significam pra mim. Ainda assim, agradeço. Agradeço por terem sido, durante todos esses anos, os pilares que me sustentam. Pelos “puxões de orelha” nos momentos do erro, e pelos afagos, nos momentos de tristeza. Pelo constante incentivo que me faz continuar seguindo. Por terem feito por mim, sempre, tudo o que podiam e, por diversas vezes, aquilo que não podiam também. Por terem estado sempre por perto; por terem forjado meu caráter e minha integridade. Por serem meu porto seguro, minhas referências, e meus ídolos. Por serem tudo pra mim, e tudo o que eu mais amo!

Ao meu orientador, o Prof. José Antônio Peres Gediél, por ter, gentilmente, aceitado meu pedido, e me orientado ao longo deste trabalho. Pela calma e sabedoria que teve para me guiar, e para me ajudar a transpor a barreira que parecia intransponível.

Aos demais mestres dessa casa, sem cujo empenho, dedicação e sabedoria, os anos teriam sido bem menos proveitosos, e meu crescimento intelectual não teria sido possível.

Aos meus queridos e falecidos avós, Ivone e Paulo, por terem sempre acreditado em mim, até mesmo quando eu não acreditei. Por terem sido modelos de amor, honestidade, carinho e dedicação. Sei que, apesar de não estarem aqui para me dar seu caloroso abraço ao final dessa caminhada, sempre estiveram, ao longo dela, me iluminando com sua luz, para que eu jamais me perdesse.

Aos meus demais familiares, por estarem sempre presentes, e por terem sempre me incentivado a continuar.

Aos meus amigos Alisson e Arthur, por terem sido absolutamente fundamentais na minha caminhada acadêmica, por terem me dado a honra de partilhar de suas amizades, compartilhar momentos e dividir alegrias. Por terem acreditado no meu potencial, me incentivado nas horas certas, e estado ao meu lado durante esses 05 anos. Por terem me pedido ajuda, e por terem me ajudado, sempre que foi necessário. Pelos debates críticos, e pelas futilidades. Por serem quem são.

Ao meu amigo Jackson, que, além de tudo isso, mostrou-se, também, um incomparável e zeloso representante de turma, sempre colocando os interesses coletivos acima dos seus próprios, sem nunca ter pedido nada em troca.

Aos meus demais amigos acadêmicos e não-acadêmicos, embora aqui inominados, não menos importantes. A eles agradeço simplesmente por existirem, e por estarem perto, pois, citando Vinícius de Moraes: *“Eu poderia suportar, embora não sem dor, que tivessem morrido todos os meus amores, mas enlouqueceria se morressem todos os meus amigos!”*.

Às minhas eternas chefes: Dra. Valéria Borba, e Andréa Gepiak. Por terem compartilhado comigo seu conhecimento prático sobre o direito, por terem me orientado, e por estarem sempre dispostas a ajudar. Por serem mais que chefes, supervisoras, ou colegas de trabalho: por serem verdadeiras amigas.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico versa sobre a análise da clonagem terapêutica sob o ponto de vista jurídico. Buscou-se verificar a viabilidade jurídica da utilização dessa técnica, no Brasil, para o tratamento de doenças. Partindo-se de conceitos a respeito das características dos direitos da personalidade, objetivou-se averiguar a compatibilidade da utilização desse tipo de técnica com o ordenamento jurídico brasileiro.

A seguir, foram analisados os conceitos técnico-biológicos referente à clonagem, seus tipos, e suas técnicas. Em seguida, fez-se uma reflexão sobre o direito à vida e o momento do seu início, a fim de verificar se a clonagem revela-se como prática atentatória a esse direito.

Finalmente, debruçou-se sobre o direito positivo vigente, visando verificar como é disciplinado o tema nas legislações pátria e estrangeira, a fim de realizar uma análise comparativa das disciplinas jurídicas diversas existentes, bem como conjecturar a possibilidade de essa técnica vir a ser posta em prática no país.

PALAVRAS-CHAVE: clonagem – terapêutica – tratamento – direitos – personalidade – início – vida – legislação – nacional – estrangeira – comparação - legalidade

ABSTRACT

The current essay focused on the analysis of therapeutic cloning under a legal standpoint. We sought to verify the legal viability of using this technique in Brazil, in order to try and cure diseases. Starting from the concepts and the characteristics of personal rights, the objective was to investigate the compatibility of using this type of technique in the Brazilian legal system.

The following was the analysis of the technical and biological concepts related to cloning, their types, and their techniques. Then, there was a reflection on the right to life and the moment when life, itself, begins, in order to verify if the cloning is revealed as an offending practice to this right.

Finally, it focused on the law itself, in order to see how the theme is disciplined on domestic and foreign laws, as well as conjecture the possibility of this technique came to be called into practice at this country.

KEY WORDS: cloning – therapeutics – treatment – rights – personality – beginning – life – law – domestic – foreign – comparison – legal process

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS DA PERSONALIDADE	11
1.1 Características dos Direitos da Personalidade e sua proteção jurídica no Brasil.....	13
2. CLONAGEM E O DIREITO À VIDA	20
2.1 Células-Tronco e técnicas de clonagem	21
2.2 Espécies de Clonagem.....	25
2.2.1 Clonagem Reprodutva	25
2.2.2 Clonagem Terapêutica.....	27
2.3 O direito à vida e as teorias jurídicas sobre o início da vida humana	27
2.3.1 Entendimento do ponto de vista biológico sobre o início da vida	33
2.4 Aspectos Críticos e Refutação à Clonagem.....	34
3. CLONAGEM TERAPÊUTICA E O DIREITO POSITIVO VIGENTE	37
3.1 A experimentação genética perante a Constituição Federal de 1988.....	37
3.2 Lei Federal nº 8.974/95 – a primeira lei de biossegurança.....	39
3.3 Instrução Normativa nº 08 – CTNBio 1997	41
3.4 Lei Federal nº 11.105/2005 – A atual lei de biossegurança	42
3.5 A Clonagem e o direito positivo estrangeiro.....	48
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

As sociedades têm tido a preocupação de tornar sua vida mais fácil, mais cômoda e melhor. Assim, a constante busca de conhecimento e de aperfeiçoamento daquilo que já se conhece, visa, de algum modo, trazer uma melhoria na qualidade de vida das pessoas. Um dos ramos do conhecimento em que isso tem ocorrido de maneira mais rápida e notável é na área biomédica.

As descobertas feitas nesse campo têm permitido ao homem uma série de possibilidades que ampliaram, em muito, a saúde, a qualidade de vida, e a longevidade das pessoas. Surgiram técnicas que permitem a identificação, a prevenção, e o tratamento das mais variadas moléstias. Na seara genética também não foram poucas as novidades: conseguiu-se concluir o mapeamento do genoma da espécie humana, as técnicas de melhoramento gênico, e até mesmo o surgimento da possibilidade de se criar, em laboratório, um ser humano geneticamente idêntico a outro já existente, técnica conhecida como clonagem.

A clonagem, de fato, foi uma das descobertas mais inovadoras e, ao mesmo tempo, mais polêmicas dos últimos tempos. Trata-se de uma forma de copiar toda a informação genética de uma célula (ou de um indivíduo) e transportá-la para uma nova célula, que se desenvolverá de maneira geneticamente idêntica à célula copiada. Este tipo de procedimento pode ser feito tanto para gerar um novo indivíduo, o qual será geneticamente igual ao indivíduo de cuja informação celular se copiou, como também para a geração de novas células ou tecidos, com carga genética idêntica à do paciente, os quais poderiam ser utilizados no tratamento dele mesmo, reduzindo, ou até mesmo eliminando, os riscos de rejeição.

Uma das descobertas que podem tornar esse objetivo possível é a “criação” de embriões humanos clonados a partir da informação genética do paciente, para extrair células-tronco embrionárias. Como se sabe, as células-tronco embrionárias, as quais são retiradas dos embriões em sua fase pré-implantatória, são as células que possuem a mais elevada capacidade de diferenciação celular, processo através do qual uma célula de determinado tecido, e

com determinada função, pode se diferenciar, tornando-se uma célula com funções diversas.

A polêmica se instala na questão da clonagem dos embriões para a retirada de células-tronco. Tal técnica é permitida em certos países e proibida em outros. Nessa seara, entra-se na discussão dos direitos de personalidade, na discussão sobre o início da vida e sobre o momento em que se iniciaria a proteção jurídica sobre aquele novo ser.

É sabido que, com o surgimento de novas enfermidades, congênicas ou adquiridas, faz-se necessário o aprimoramento das técnicas medicinais já existentes, bem como a busca incessante por novas formas de tratamento para as pessoas portadoras destas deficiências. Assim, as técnicas de clonagem se apresentam como possível solução para os problemas enfrentados atualmente no tratamento de doenças, enfermidades, ou deficiências.

Por outro lado, já se verificou algumas vezes na história, momentos em que se submeteu os direitos e garantias do indivíduo, e o valor da vida, em detrimento do progresso científico. Não se pode olvidar que, *mutatis mutandis*, essa era a idéia pregada pelo Nazismo, na sua propagação da eugenia, buscando, através do extermínio de raças consideradas “inferiores”, a criação de uma raça supostamente “superior”. Assim, não se pode defender cegamente a liberdade científica e a busca de uma potencial evolução na descoberta e no tratamento de doenças como finalidade a ser atingida a qualquer custo.

O desenvolvimento de novas técnicas de clonagem, bem como o aperfeiçoamento das técnicas já existentes, acabará por trazer á realidade a discussão de temas muito complexos, os quais ainda não estamos preparados, com a legislação até então existente, para receber. Por exemplo: na gestação, seria lícita a utilização de manipulação genética para que se pudesse escolher o tipo de indivíduo que se deseja gerar? Quais seriam as implicações jurídicas decorrentes da criação de um clone humano? Seria ele uma pessoa, ou um mero objeto de pesquisa? Entrando para o ramo de Direito de Família, qual seria sua filiação? Seria filho da mulher que cedeu o óvulo para gerá-lo, da pessoa que cedeu a célula cujo

núcleo foi implantado no núcleo do óvulo; ou ainda, da pessoa que o gerou em seu ventre, em caso de “gestação por substituição”? No direito das sucessões: teria um clone direito à sucessão por parte de seus “pais”?

Entrando mais especificamente na questão da clonagem terapêutica: o embrião originário poderia ser “copiado”? Não teria ele direito a ser único e irrepetível? O embrião clonado, de onde serão retiradas as células-tronco, já pode ser considerado ser vivo? Caso seja considerado ser vivo, sua destruição, para a utilização de seu material genético em procedimentos terapêuticos, não estaria provocando uma coisificação do ser-humano, transformando-o em um mero instrumento à disposição da ciência? Esses e outros questionamentos deverão ser debatidos para que se consiga fazer uma legislação completa a esse respeito.

Com efeito, as ciências biomédicas não estão completamente desvinculadas das demais para que façam o que quiserem. Assim, necessária se faz a análise da clonagem humana sob o aspecto jurídico, fazendo-se uma composição entre o desenvolvimento científico e tecnológico e os princípios básicos de proteção aos direitos inerentes ao ser humano.

Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo analisar as possíveis consequências e implicações jurídicas da clonagem humana e da manipulação genética, em especial, sob o prisma dos direitos da personalidade.

Para tanto, busca-se, em primeiro lugar, fazer uma análise dos direitos de personalidade e dos pontos em que se tornam juridicamente relevantes no caso de clonagem. Posteriormente busca-se tratar, de maneira resumida, a respeito da clonagem propriamente dita do ponto de vista biológico, delimitando seus conceitos, suas espécies e suas técnicas. Por fim, analisar-se-á a legalidade da utilização de técnicas de clonagem para tratamento de doenças, a partir da legislação pátria, e internacional, através de uma rápida passagem pelo direito comparado estrangeiro.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

O termo “personalidade” tem sua origem no latim, do vocábulo “*persona*”. Diz respeito a tudo aquilo que é relativo à pessoa, tudo o que lhe é próprio, e lhe distingue dos demais indivíduos. Tendo isso em mente, podemos verificar que a personalidade traz em si algumas características próprias. Rita de Cássia Curvo Leite entende que essas características são três: **individualidade; particularidade; e singularidade**. Cada uma dessas características, segundo a autora, exprime “o conceito de uma relação abstrata da existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural”¹.

Quanto à conceituação do que seriam os direitos da personalidade, há diversos doutrinadores que trazem conceitos próprios acerca da matéria: Rubens Limongi França entende os direitos da personalidade como sendo “*as faculdades jurídicas cujo objeto os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim como suas emanações e prolongamentos.*”².

Orlando Gomes, por sua vez, entende que os direitos da personalidade seriam “*direitos considerados essenciais à pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar sua dignidade.*”³.

Maria Helena Diniz, nesse sentido, nos ensina que:

“(...) os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria, etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.”⁴.

Os direitos da personalidade são encarados de diferentes formas pela doutrina. Para autores de vocação positivista, os direitos da personalidade só são

¹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. “*Transplantes de órgãos e tecidos, e direitos da personalidade*”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 11.

² LIMONGI FRANÇA, Rubens. “*Manual de direito civil*”. Vol. 1º. São Paulo: RT, 1980, p. 403.

³ GOMES, Orlando. “*Introdução ao direito civil*”. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 153.

⁴ DINIZ, Maria Helena. “*Curso de direito civil brasileiro*”. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

aqueles que assim forem expressamente reconhecidos pelo Estado, devendo estar prescritos no ordenamento jurídico positivo.

Autores de cunho jusnaturalista, por outro lado, tendem a encará-los como direitos inerentes a cada ser humano, os quais existem independente de o Estado discipliná-los no ordenamento jurídico. De acordo com essa posição, os direitos da personalidade são considerados direitos inatos preexistentes ao Direito e ao Estado, os quais não dependem de previsão no direito positivo; a previsão e a tutela jurídica desses direitos serviriam apenas para ampliar a proteção sobre eles, e não lhes conferir existência.

Tendo essas considerações em mente, não há como admitir que os direitos da personalidade enumerados pelo Código Civil sejam hipóteses taxativas, mas sim um mero rol exemplificativo. Ora, se os direitos da personalidade não adquirem existência com a disciplina jurídica feita pelo Estado, mas sim pela própria existência da pessoa humana, não faz sentido dizer que os únicos direitos da personalidade sejam aqueles enumerados pela legislação ordinária, uma vez que não é possível que um diploma jurídico seja capaz de exaurir todas as possibilidades de direitos (ou de hipóteses de violações a direitos) dessa seara. Isso porque é cediço que com o desenvolvimento das ciências, e também, de novas tecnologias, surgem novas possibilidades de condutas que tenham potencial de violar direitos, as quais não estavam inicialmente previstas quando da elaboração do texto legal pelo legislador.

Dizer que os direitos da personalidade elencados no Código Civil são *números clausus* implicaria em desgarnecer os próprios direitos frente às inúmeras novas situações jurídicas que passam a existir a cada dia, decorrentes de inovações tecnológicas nunca antes previstas, a exemplo da própria clonagem, a qual trouxe à baila questionamentos nunca sequer imaginados, e que dão origem a situações que merecem a tutela do Direito. Dessa maneira, reafirma-se o que se disse inicialmente a respeito da tipicidade aberta dos direitos da personalidade em relação à sua previsão legal.

Assim, em última análise, os direitos da personalidade são aqueles direitos referentes à identidade do indivíduo, que são próprios de cada um, e que definem

cada pessoa como única. São aqueles direitos subjetivos (referentes ao sujeito) que o indivíduo tem sobre si mesmo, que o acompanham desde o nascimento com vida do feto, até a sua morte. Neste ponto, cabe fazer uma ressalva com relação a certos direitos relativos à personalidade e que trazem efeitos para depois da morte do sujeito, como o direito à honra, e o direito moral do autor (em casos de propriedade intelectual).

1.1 Características dos Direitos da Personalidade e sua proteção jurídica no Brasil

Ainda que seus contornos sejam dotados de alguma imprecisão, os direitos da personalidade, de forma quase unânime, são considerados como direitos subjetivos que possuem, como uma particularidade única e inata, um aspecto que é próprio ao seu titular – e somente a ele – que é a sua própria pessoa.

De qualquer forma, é fato que possuem peculiaridades próprias que os diferenciam dos demais direitos subjetivos das pessoas, e que não se manifestam pela personalidade de cada um. Essas peculiaridades são notadas por meio de determinadas características a eles presentes. Em relação a essas características, Francisco Amaral assevera:

“Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.”⁵

⁵ AMARAL, Francisco. **“Direito Civil: introdução”**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285/286.

Orlando Gomes, por sua vez, leciona que os direitos da personalidade são “*absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários*”⁶.

Ser absoluto significa que os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*, gerando um dever geral de abstenção. Não são direitos condicionados a qualquer outro elemento, ou acontecimento. A simples existência da pessoa com vida já lhe confere a titularidade desses direitos, os quais podem ser opostos contra qualquer outra pessoa, a qual deverá se sujeitar a eles, no sentido de abster-se de adotar qualquer conduta que os viole ou ameace.

A indisponibilidade se reflete no aspecto de que seu titular não pode, simplesmente, abdicar-los. Da mesma maneira como são irrenunciáveis, ao titular do direito em questão não é facultado “abrir mão” dessa titularidade, perdendo o direito. Não se confunda a indisponibilidade e a irrenunciabilidade aqui tratada com a escolha do sujeito detentor do direito de decidir utilizar, ou não, as prerrogativas a ele conferidas em determinada situação específica. A aplicação fática do direito caberá ao seu titular fazê-la, ou não, em cada situação vivenciada. Já a disponibilidade e a renunciabilidade tem caráter abstrato, geral e permanente.

Há que se ressaltar, contudo, que a indisponibilidade aqui tratada não tem caráter absoluto em qualquer situação. Isso porque é admitido, por exemplo, a cessão do direito de imagem com fins publicitários, bem como a disponibilização, sem fins comerciais, do próprio corpo, após a morte, sendo lícito ceder, gratuitamente, órgãos, tecidos, material genético, ou outras partes do corpo, em vida, ou *post mortem*, com a finalidade de transplante, pesquisas, e tratamentos.

De qualquer modo, em casos tais, em que houver uma ‘disponibilidade’, por assim dizer, do corpo, ou de direitos subjetivos inerentes à personalidade, em casos concretos, faz-se necessário que o indivíduo torne sua vontade expressa de maneira inequívoca, manifestada através do consentimento, para que se permita a ingerência externa em seu corpo.

⁶ GOMES, Orlando. “**Direitos da Personalidade**” in Revista Forense 216/05, p. 07.

Nos casos de disposição do corpo – no todo ou em parte –, bem como de outros direitos da personalidade (como ocorre na cessão do direito de imagem, por exemplo), faz-se indispensável o consentimento, enquanto manifestação livre da autonomia da vontade, como requisito para que seja reputado válido, como ocorre em qualquer negócio jurídico.

No entanto, além do mero consentimento, deve estar presente a figura da informação, na qual fique absolutamente esclarecido à pessoa todas as consequências daquela eventual disposição, devendo ser a ela informados todos os riscos, benefícios, e consequências da intervenção, restando absolutamente evidenciado o *consentimento informado*. Nesse sentido temos a valorosa lição trazida à baila por GEDIEL, quando afirma que:

“a inclusão da manifestação da vontade dos sujeitos como requisito legal de validade jurídica dos atos envolvendo disposições corporais, sob a forma de consentimento informado, para permitir a aplicação e o desenvolvimento de técnicas terapêuticas e científicas que atingem a integridade do corpo humano, ao mesmo tempo que abre uma brecha no princípio da intangibilidade absoluta do corpo, reafirma o reconhecimento de uma dimensão ética que o Direito Ocidental contemporâneo localiza no indivíduo e sua autonomia.”⁷

A característica da extrapatrimonialidade, por sua vez, remete ao fato de que os direitos da personalidade não podem ser mensurados em valores econômicos ou patrimoniais. Dessa característica extrai-se que também são impenhoráveis, inalienáveis, e inalcançáveis pela expropriação. Isso significa dizer que os direitos da personalidade não podem ser cedidos, vendidos, ou disponibilizados, a quem quer que seja; não podem ser objeto de penhora, muito menos de expropriação. Todavia, em relação a essa característica, cabem mais alguns comentários:

Em que pese sejam, os direitos da personalidade, inalcançáveis por medidas meramente econômicas (do que se fala serem inalienáveis, impenhoráveis, etc.), há situações em que o atributo, a partir do qual o direito subjetivo se manifesta na personalidade, encontra-se em uma área nebulosa, onde torna-se difícil distinguir se estamos pisando em um terreno valorável patrimonialmente, ou não.

⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. **“Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.”**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 100.

Um dos exemplos clássicos em que isso ocorre se dá nos casos envolvendo materiais genéticos que possuam alguma característica que os tornem diferentes e, ao mesmo tempo, mais valiosos (sob certos aspectos) que outros. Nessas hipóteses, os meios legais e jurídicos usualmente utilizados para proteger o elemento volitivo dos negócios jurídicos, em geral, não se mostram inteiramente adequados, ou preparados, para regulamentar os interesses do titular do direito frente aos de terceiros.

Com efeito, os materiais genéticos, em geral, assim, como as demais substâncias orgânicas, para além do fato de possuírem características personalíssimas que lhes atribuem um valor subjetivo – uma vez que são únicas, originais, e intimamente ligadas à identidade de seu ‘dono’ – também podem ser indevidamente apropriados por terceiros, e alienados, considerando que suas particularidades naturais, por vezes, podem lhe conferir um valor agregado procurado, ou valorizado, no mercado.

Não se olvide, a título de ilustração, o emblemático caso de John Moore vs. Conselho da Universidade da Califórnia (U.C.L.A.)⁸, em que os médicos e pesquisadores da Universidade, através da retirada de material biológico de John Moore, descobriram substâncias úteis ao combate de certos tipos de câncer, e as patentearam. Moore ingressou com medida judicial contra a Universidade, buscando receber participação nos ganhos decorrentes da patente, uma vez que as substância descobertas foram retiradas dele. Em decisão final, a Suprema Corte norte-americana deu ganho de causa à universidade.

⁸ John Moore, um inspetor trabalhando no Alasca, recebeu o diagnóstico de que estava sofrendo de um tipo raro de leucemia. Moore procurou obter maior aconselhamento médico junto a um dos três especialistas em leucemia reconhecidos internacionalmente, tornando-se paciente do Centro Médico da U.C.L.A. em agosto de 1976, quando o diagnóstico foi confirmado. Um dos médicos aconselhou Moore a extrair o baço, um procedimento cirúrgico rotineiro, visto que essa providência aparentemente prolongava a expectativa de vida. A cirurgia de extração de seu baço foi bem-sucedida. Após extraído o órgão, os médicos responsáveis imortalizaram – tornaram disponíveis enquanto instrumento de pesquisa - as células extraídas do baço de Moore numa nova linhagem de células, que denominaram "linhagem de células Mo", pois cientes de que alguns dos produtos sanguíneos de Moore apresentavam grande valor potencial e que eles ofereceriam benefícios "competitivos, comerciais e científicos". A partir daí, patentearam as substâncias encontradas, de forma a obter ganhos pelo uso das técnicas e das substâncias.

Não há como negar que, em circunstâncias como essa, o material genético de Moore, o qual era parte integrante de seu corpo – e, portanto, vinculados a direitos da personalidade – deixou de ter caráter meramente subjetivo, passando a ter, verdadeiramente, características de cunho econômico e patrimonial.

Cabe, também, fazer menção aos casos de reparação de danos aos direitos da personalidade, os quais são feitos, de modo geral, pela via de indenização – mormente financeira. Há, ainda, casos de cessão do direito de imagem, compensados por meio de remuneração, na qual, verdadeiramente, atribui-se valor econômico à imagem da pessoa, a qual é parte integrante dos direitos personalíssimos de cada um.

A intransmissibilidade se refere ao fato de que não podem ser transmitidos (*nem inter vivos, nem mortis causa*), pois inerentes à pessoa. No entanto, até mesmo essa intransmissibilidade pode ser questionada, face aos direitos referentes ao patrimônio intelectual, os quais passam a ser usufruídos pelos herdeiros, após o falecimento do seu titular.

A imprescritibilidade refere-se ao fato de que esses direitos não estão sujeitos à extinção pelo não uso através do tempo, podendo ser alegados a qualquer momento. A pessoa titular do direito pode deixar de usá-lo durante uma vida inteira, mas tal fato não traz qualquer outra consequência ao direito, o qual continua intangível. A partir do momento que seu titular desejar utilizar de suas prerrogativas, poderá fazê-lo independentemente de qualquer outro fator.

A vitaliciedade é a característica que faz com que os direitos estendam-se desde o nascimento com vida, até a morte do seu titular. Adquirem-se, e consolidam-se, os direitos inerentes à personalidade jurídica com o nascimento com vida, os quais acompanharão seu titular até o momento de sua morte – exceção feita a certos direitos da personalidade os quais podem produzir efeitos até mesmo após a morte do seu titular (a exemplo do o direito à honra, e o direito moral do autor - em casos de propriedade intelectual), conforme vimos anteriormente.

Quanto a serem necessários, significa que são inerentes à própria pessoa, não podendo sua presença faltar em qualquer sujeito.

A proteção jurídica em torno dos direitos da personalidade é feita em dois níveis: o primeiro deles – nível constitucional – é feito através dos princípios que dão as diretrizes para a tutela em nível infraconstitucional. O segundo nível é justamente o nível infraconstitucional, através das leis ordinárias.

No Código Civil brasileiro os direitos da personalidade, disciplinados nos artigos 11 a 21, são abordados de maneira sistematizada em poucos dispositivos, os quais não possuem a função de exaurir a matéria, mas sim de regulamentar os princípios gerais norteadores desse recorte específico.

O primeiro desses artigos já traz duas características essenciais entre os direitos da personalidade, quais sejam, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. O artigo 15 aborda a proteção jurídica conferida à integridade física, e à inviolabilidade do corpo humano. Os artigos 16 a 19 regulam o direito ao nome e ao pseudônimo, os quais integram o direito à identidade pessoal. No entanto, há o entendimento de que o nome é apenas um elemento simbólico da identidade pessoal, sendo que o referido dispositivo não traria proteção jurídica somente ao nome, enquanto aspecto estático da identidade do indivíduo, mas também protegeria os demais elementos responsáveis pela individualização da pessoa, e de sua compreensão como ser único e dotado de características que o diferem dos demais seres humanos. Esse aspecto traduz-se como elemento de especial relevância no presente trabalho, uma vez que trará repercussões específicas em relação ao direito à identidade pessoal a partir das conseqüências advindas da clonagem humana.

No ramo do direito conhecido como ‘biodireito’, a principal fonte legislativa que disciplina o tema é a Lei nº 11.105/05, também conhecida como Lei de Biossegurança. A Lei de Biossegurança estabelece dispositivos normativos que disciplinam a utilização de técnicas de engenharia genética, buscando, com isso, proteger a vida e a saúde das pessoas.

A título de exemplo: o art. 5º do referido diploma legal elenca requisitos a serem cumpridos para que se possam realizar pesquisas utilizando células-tronco advindas de embriões excedentes não utilizados para a fertilização *in vitro*. É exigido

pela lei que os embriões sejam inviáveis – isto é, não sejam possíveis de utilização e desenvolvimento para a reprodução humana – ou então, que estejam congelados sem serem utilizados por mais de 03 (três) anos. Em ambos os casos, é preciso contar com a autorização expressa dos genitores (doadores do material genético), bem como que as instituições que pretendam colocar em prática esse tipo de procedimento, que submetam seus projetos à apreciação e aprovação pelos comitês de ética relacionados.

2. A CLONAGEM E O DIREITO À VIDA

Conforme observado, a clonagem foi uma das descobertas científicas de maior relevância dos últimos tempos. Trata-se de uma técnica moderna que ainda gera muita discussão e muita polêmica acerca dos seus limites legais e éticos.

A clonagem consiste na técnica de criar, artificialmente, uma célula (ou conjunto de células) geneticamente idêntica a outra. Um clone nada mais é do que “qualquer grupo de células ou organismos produzidos assexuadamente de um único ancestral sexuadamente produzido”⁹. Trata-se, em síntese, da duplicação de genes, células, tecidos, ou organismos a partir de um único ser já existente, através da utilização de técnicas de manipulação gênica.

Um clone, após produzido, desenvolver-se-á de maneira idêntica ao organismo a partir do qual foi copiado. O organismo gerado artificialmente e o que lhe deu origem terão as mesmas características genéticas, físicas, biológicas e cromossômicas, e partilharão do mesmo código genético. O organismo obtido será, em resumo, uma réplica artificial daquele que lhe originou.

Sob o ponto de vista estritamente biológico, a clonagem, em sentido amplo, pode ser obtida naturalmente, como ocorre na natureza, com as espécies que se reproduzem assexuadamente. Como, por exemplo, as bactérias. A partir de uma auto-duplicação, as células se duplicam e dão origem a novas células geneticamente iguais. Outro exemplo de clonagem natural seria o nascimento de gêmeos idênticos, ou univitelinos, os quais são gerados a partir de um único óvulo, e dão origem a dois (ou mais) indivíduos iguais, do ponto de vista biológico.

Apesar de o entendimento não ser pacífico, parte da comunidade científica entende que a clonagem natural, como tratamos acima, não poderia ser considerada, realmente, “clonagem”. Um dos pressupostos para considerar que o organismo foi clonado, segundo estes pensadores, seria que houvesse diferença

⁹ DA SILVA, Carlos Afonso Gonçalves. “Direitos da Personalidade do Clone Humano” in Revista de Direito, Faculdade de Direito de Leme, vol. V, nº 07, p. 40.

temporal entre o surgimento do primeiro (organismo gerador), e o segundo (organismo replicado).

Nesse sentido, é o que nos ensina Vicente Bellver Capela¹⁰, ao trazer a definição de clonagem humana segundo a Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva:

“(...) la duplicación de um ser humano existente por la transferencia del nucleo, y la implantación del nucleo de una celula somatica diferenciada a un ovulo al que se le há extraído su nucleo, y la implantación del producto resultante para su gestación e posterior nacimiento.”.

Assim, segundo tal entendimento, a divisão gemelar de embriões, como no caso de gêmeos idênticos, seria excluída do conceito de clonagem.

No entanto, no presente trabalho, nos focaremos apenas na sua acepção mais estrita, qual seja, a clonagem artificial, feita em laboratório, a partir de técnicas de manipulação gênica.

Neste capítulo irão ser abordados, primeiramente, alguns conceitos básicos sobre o tema, sob o ponto de vista biológico. Em seguida, trataremos do direito à vida e sua importância, bem como as teorias acerca de seu início, para, finalmente, trazermos à baila a reflexão da contraposição existente entre o direito e a proteção do direito à vida, frente à experimentação científica em potenciais seres humanos através da realização da clonagem.

Agora, considerando que o objetivo precípua da realização da clonagem atualmente visa a produção e de células-tronco, far-se-á, primeiramente, a conceituação do que são estas células, e qual sua importância.

2.1 Células-Tronco e Técnicas de Clonagem

As células-tronco são células que possuem grande capacidade de diferenciação celular, isto é, são capazes de modificar sua própria forma de

¹⁰ CAPELLA, Vicente Bellver. “¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana.”. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 14.

funcionamento a fim de transformar-se em outros tipos de células, e realizar outros tipos de funções. Além disso, possuem elevada capacidade de auto-replicação.

Elas podem ser adultas ou embrionárias. As adultas são encontradas em organismos adultos, e ficam em estado latente até que sejam estimuladas a entrar em funcionamento, o que pode ocorrer naturalmente, provocado por uma doença ou ferimento, mas também pode ocorrer artificialmente, sendo estimulado por meios externos. Já as células-tronco embrionárias são as que possuem maior poder de diferenciação, podendo ser encontradas em embriões. Este segundo tipo de célula tem uma capacidade de diferenciação extremamente ampla, e pode representar a cura para diversos tipos de doenças degenerativas.

As células-tronco são classificadas em totipotentes e pluripotentes, conforme lição de José Luis Velázquez¹¹:

“As células-tronco totipotentes são aquelas que têm a capacidade de multiplicar-se e diferenciar-se até o desenvolvimento de um indivíduo completo; são capazes de originar todos os tecidos humanos, portanto são apenas as células embrionárias. Já as pluripotentes podem gerar todos os tipos de células no feto e no adulto. Cultivadas in vitro, estas células dão lugar a três camadas germinais embrionárias (mesodermo, endodermo, e ectodermo) e aos 200 tipos de tecidos dos mamíferos, incluindo o homem. Mas, no caso de transferir essas células para o útero, as células do blastocisto não podem, por si só, desenvolver-se em um animal completo.”.

Há autores, ainda, que incluem nessa classificação outros dois níveis nos quais as células-tronco estariam incluídas, a exemplo do magistério de Adriana Esteves Guimarães¹², que define as células-tronco multipotentes como sendo aquelas:

“(...) com capacidade limitada de reativar seu programa genético, devidamente estimuladas, devem evoluir até formar certos tipos de células diferenciadas, mas não todos. As células-tronco denominadas unipotentes são aquelas capazes de produzir uma única linha celular responsável pela manutenção das condições fisiológicas dos tecidos e sua reparação em caso de dano. Temos, como exemplo, as células-tronco epidérmicas e as células-tronco espermatogônias que se diferenciam unicamente em queratinócitos e espermatozóides, respectivamente.”.

¹¹ VELÁZQUEZ, José Luis. *“Del homo al embrión: ética y biología para el siglo XXI”*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 51.

¹² GUIMARÃES, Adriana Esteves. *“Clonagem terapêutica: seus enfoques bioéticos e biojurídicos”*. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC, 2005.

Com essas informações em mente, fica fácil verificar a razão pela qual as células-tronco são tão cobiçadas: elas são fonte de inestimável valor para a ciência, uma vez que podem literalmente representar a cura para moléstias até hoje incuráveis, e se traduzirem em uma sensível melhoria na qualidade de vida de pessoas com certas limitações.

Por essa razão tem-se dado grande preferência à clonagem terapêutica, a qual pode criar artificialmente embriões, os quais serão fonte de células-tronco embrionárias totipotentes. De posse desse material, seria possível desenvolver amplamente as pesquisas, bem como os tratamentos médicos para vários tipos de enfermidades.

A seguir, passaremos a algumas considerações das técnicas de clonagem existentes, bem como suas modalidades e objetivos, para, em um segundo momento, após a reflexão concernente ao direito à vida, e sua amplitude, problematizarmos o tema, justificando a razão da impossibilidade de sua colocação em prática, haja vista o conflito existente entre a vida, e a forma de experimentação das referidas técnicas em potenciais seres humanos.

Existem diferentes técnicas, a partir das quais é possível recriar, artificialmente uma célula, ou embrião, copiado a partir de outro. Vejamos ambas:

A fissão gemelar é a primeira técnica de clonagem a ser analisada. No entanto, conforme visto, parte da comunidade científica descarta tal técnica como forma de clonagem propriamente dita, posto que nesse processo, a geração dos embriões seria concomitante, não havendo diferença temporal entre o surgimento do primeiro e do segundo organismos (que seria copiado), o qual é considerado por muitos como um pressuposto indispensável para que se possa falar em clonagem.

Na técnica de fissão gemelar, os cientistas irão recriar artificialmente, em laboratório, o processo natural pelo qual se formam os gêmeos univitelinos, da seguinte maneira: pega-se um embrião que se encontra na fase em que todas suas células ainda sejam totipotentes, e o induz a fazer sua divisão celular. Nessa fase, na qual o embrião ainda se encontra na fase de mórula, é possível recriar,

artificialmente, o processo de formação de gêmeos, produzindo-se indivíduos geneticamente idênticos.

A respeito da nomenclatura biológica a que se fez referência, buscamos o ensinamento trazido por Eduardo de Oliveira Leite¹³, ao discorrer sobre as várias etapas do desenvolvimento do embrião, até que se torne um feto:

“Zigoto (é o óvulo que acaba de ser fecundado pelo espermatozóide); mórula (quando, no zigoto, se processa um certo número de divisões celulares que, através de segmentações sucessivas, cria a mórula); embrião (quando existe um botão embrionário, isto é, todo o desenvolvimento situado entre o aparecimento do botão embrionário e o término do surgimento de todas as partes do corpo, no final do segundo mês); e feto (desde a fase anterior – 2º mês - até o parto – 9º mês).”.

Nesta técnica, conforme anteriormente mencionado, não há um organismo antecessor que dê origem a outro geneticamente idêntico, em um momento posterior. Desse modo, em face da ausência de intervalo temporal entre os dois organismos, parte da comunidade científica não considera esta técnica como clonagem.

Já a segunda técnica, a clonagem por meio de transferência de núcleo, é considerada, de modo geral, como a técnica de clonagem por excelência. Consiste na implantação do núcleo de uma célula somática, seja ela adulta ou embrionária, em um óvulo desnucleado. Após ter sido realizada a transferência, a célula é submetida a descargas elétricas, a fim de simular uma fecundação do óvulo por um espermatozóide, fazendo com que a núcleo se una ao óvulo, e comece a se desenvolver.

Elio Sgreccia explica tal processo¹⁴:

“(…) retira-se o núcleo da célula fecundada, antes mesmo de ter sido formado o zigoto; substitui-se depois esse núcleo haplóide, no qual não houve, ainda, a recombinação dos cromossomos de origem materna e paterna, pelo núcleo diplóide retirado de uma célula somática do adulto da mesma espécie. Este núcleo, quando posto no ambiente do citoplasma do óvulo fecundado, tornar-se-ia totipotente, perdendo as inibições, porque passara no decurso da diferenciação, dando origem a um indivíduo perfeitamente idêntico àquele do qual foi retirada a célula somática.”.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **“O direito do embrião humano: mito ou realidade?”** in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 20:26, out.-dez. 1996.

¹⁴ SGRECCIA, Elio. **“Manual de bioética”**. São Paulo: Loyola, 1996.

A identidade genética encontrada no embrião formado não chegará a ser 100% com a célula somática que o deu origem, pois o citoplasma no qual o núcleo da célula foi transportado pertence ao óvulo. Mas de um modo geral, pode-se dizer que sua informação gênica será, quase que integralmente, proveniente do núcleo celular, sofrendo pouca interferência dos genes pertencentes ao óvulo.

A clonagem feita por meio da transferência de núcleo é considerada por toda a comunidade científica, como a forma por excelência de se obter clones. Foi essa a técnica utilizada, em 1996, pelos cientistas Ian Wilmut e Keith Campbell na clonagem da ovelha Dolly.

2.2 Espécies de Clonagem

A clonagem, como vimos, faz surgir uma célula, ou organismo, geneticamente igual à outra que lhe deu origem. Esse processo de “copiar” a informação genética pode servir de duas maneiras: pode-se utilizar o embrião clonado para fazer nascer um indivíduo geneticamente idêntico ao que cedeu a célula copiada, conhecida como “Clonagem Reprodutiva”, ou apenas para obter as células, ou tecidos, que serão utilizados em pesquisas ou tratamentos médicos, a qual é conhecida como “Clonagem Terapêutica”.

Em seguida, trataremos de ambas.

2.2.1 Clonagem Reprodutiva

Esta técnica, como o próprio nome diz, busca a reprodução de seres humanos por meio da clonagem. O objetivo, nesse caso, é a criação de novos seres humanos; a célula clonada visa o seu desenvolvimento como embrião e, posteriormente, sua gestação a fim de que o feto nasça, e dê origem a um novo

indivíduo, o qual seria geneticamente igual àquele que cedeu a célula somática que lhe deu origem.

Na clonagem humana, o desenvolvimento do embrião e do feto constituem um fim em si mesmo, isto é, a criação de um novo ser humano serve ao único propósito de trazer um novo indivíduo à vida.

A própria Lei nº 11.105/2005, em seu artigo 3º, inciso IX traz a definição de clonagem reprodutiva como sendo: “a *clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo*”.

Mayana Zatz, bióloga molecular, e geneticista, esclarece:

“(…) no caso da clonagem humana, a proposta seria 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.”¹⁵.

A clonagem reprodutiva, no entanto, é altamente repudiada em praticamente toda a comunidade internacional. É considerada uma prática nefasta, que viola o direito de cada ser humano de ser único, por ter sua informação genética compartilhada com outro indivíduo criado artificialmente em laboratório. Além disso, é expressamente vedada pela Lei de Biossegurança, no Brasil, conforme verificamos pela leitura de seu artigo 6º, inciso IV.

2.2.2 Clonagem Terapêutica

Ao contrário do que ocorre na clonagem reprodutiva, a clonagem terapêutica não objetiva a criação de novos seres humanos. Aqui, a utilização da clonagem se

¹⁵ ZATZ, Mayana. “*Clonagem Humana: conhecer para opinar*” in Revista Pesquisa Fapes Especial, Clonagem. Disponível em: <http://www.revistapesquisa2.fapesp.br/Suplemento_Clonagem.pdf>. Acessado em 22 de agosto, de 2012.

dá para fins terapêuticos, ou seja, a clonagem de células ou tecidos serve como meio para um fim, qual seja: o tratamento de doenças e enfermidades, as quais não podem ser combatidas por outros meios.

Aqui, os embriões clonados não seriam implantados em um útero para gestação e desenvolvimento, como acontece na clonagem reprodutiva. Os embriões servirão como fontes de células-tronco embrionárias, as quais são conhecidas por sua capacidade de diferenciação celular, que é a aptidão de se transformarem em diversos outros tipos de células presentes no corpo humano, de modo a poder ser utilizada no tratamento de diversas doenças.

Por se tratarem de células com material genético idêntico ao do paciente, as células-tronco obtidas por meio da clonagem poderão ser utilizadas nos pacientes sem apresentar qualquer tipo de rejeição. Tal fato proporcionaria um índice de sucesso muito mais alto nos tratamentos, e a conseqüente cura para diversas enfermidades, hoje, incuráveis.

Diferentemente da clonagem reprodutiva, a qual constitui um fim em si mesmo, a clonagem terapêutica, conforme vimos, é mera ferramenta para a obtenção de um resultado. Dessa maneira, através da utilização dessa técnica, indivíduos estariam sendo criados como material para tratamento de problemas enfrentados por outros indivíduos, o que acabaria por transformar o homem em mero objeto da ciência. No entanto, tal aspecto crítico acerca da clonagem será tratado posteriormente.

2.3 O Direito à vida e as teorias jurídicas sobre o início da vida humana

O Direito à vida vem disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro já no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal brasileira: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. O referido dispositivo deixa claro, ao

tratar do tema, já no *caput*, que se trata de direito da maior magnitude no direito brasileiro.

Dentre os diversos direitos que visam a proteção do sujeito, em seu aspecto físico, o mais relevante de todos é o direito à vida, que serve de paradigma para os demais. Ele é o mais importante entre os direitos da personalidade. É o que dá origem e sentido a todos os demais direitos da personalidade. Através, e a partir, dele, os outros direitos personalíssimos ganham contornos reais. Não é a toa que o Código Civil brasileiro dispõe que os direitos decorrentes da personalidade civil da pessoa, bem como suas consequências jurídicas, começam com o seu nascimento com vida. O nascituro tem seus direitos salvaguardados desde a concepção, nas estes somente se consolidam através do nascimento com vida.

Trata-se do principal, e mais primitivo, atributo da personalidade humana, considerando-se que todos os outros, dele advém e, sem ela, não existiriam. É o que nos ensina Elimar Szaniawski:

“O direito à vida funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis. Os outros direitos ou atributos da personalidade humana, que se constituem, segundo a teoria fracionária, em direitos especiais da personalidade, decorrem diretamente da *vida*. Sem vida não há pessoa, não se constituem direitos da personalidade.”¹⁶.

É um pré-requisito à existência, e ao exercício, de todos os demais direitos¹⁷. Com efeito, a vida, em si, está intimamente ligada ao que José Afonso da Silva¹⁸ denomina “direito à existência”: “*Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.*”.

Neste mesmo sentido é a lição ensinada por Rita de Cássia Curvo Leite, ao discorrer a respeito da dimensão que o direito à vida atinge¹⁹:

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. “**Direitos da personalidade e sua tutela**”. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146.

¹⁷ DE MORAES, Alexandre. “**Direito Constitucional**”. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61/62.

¹⁸ DA SILVA, José Afonso. “**Curso de Direito Constitucional positivo**”. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198.

¹⁹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. “**Transplantes de órgãos e tecidos, e direitos da personalidade**”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 51.

“Trata-se de direito que reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida, e não um direito sobre a vida. (...) Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe cerceamento a esse direito, eis que não se pode ceifar a vida humana”.

Os problemas encontrados para a definição e delimitação do direito à vida, como um direito subjetivo, no entanto, não afastam dela suas peculiaridades inerentes, como a essencialidade e a indisponibilidade, de forma a demandar, para si, uma tutela protetiva diversa daquela conferida a outros direitos relativos ao corpo.

A ideia do direito à vida como fundamental e essencial à personalidade, oponível *erga omnes*, fez surgir um novo tratamento do tema pela própria doutrina. Nesse interim, duas novidades importantes surgiram: primeiramente, passou-se a proteger a vida, até mesmo, do próprio titular, de maneira a tornar mais restritas as hipóteses de disponibilidade do corpo humano. Paralelamente, surgiu ainda uma nova dimensão de dever protetivo do Estado em torno da vida. Nesse momento, o direito à vida, que até então era tutelado precipuamente pelo direito penal, ao apresentar sanções para aqueles que violassem (ou ameaçassem) esse direito, passou também a ser objeto de uma tutela estatal mais efetiva, quando se entendeu ser, a vida, parte fundante do próprio Estado Democrático de Direito.

Desse modo, tendo sido estabelecido que a vida é um direito inerente à pessoa, o qual emana do sujeito puramente por este deter a personalidade, cumpre, neste momento, delimitarmos qual seu marco inicial, a partir do qual ela é protegida; a partir do qual se considera que tem início a personalidade jurídica da pessoa humana.

Muito se discute, na seara jurídica, qual o ponto de partida a partir do qual se considera que a pessoa passa a ser sujeito de direitos, merecendo ter sua personalidade protegida. A esse respeito, ganham destaque três principais correntes doutrinárias que se dedicam a regulamentar o tema: a corrente natalista; a corrente da personalidade condicional; e a teoria concepcionista.

De acordo com a teoria natalista, a personalidade jurídica do homem tem início com seu nascimento com vida. Esta corrente entende que até o momento do

seu nascimento, o nascituro recebe proteção jurídica, mas ainda não é considerado pessoa, sendo considerado apenas parte das vísceras de sua genitora. Os defensores desta teoria apegam-se à literalidade do artigo 2º do Código Civil, justificando que o próprio código deixou expresso que a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento com vida. Alguns autores entendem que a proteção jurídica conferida ao nascituro trata de uma verdadeira expectativa de direito, uma situação jurídica de perspectiva, na qual o nascituro se tornará titular dos direitos a partir do momento em que nascer com vida.

Entre os autores que fazem parte dessa corrente doutrinária, podemos destacar: Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, Eduardo Espínola, Silvio Rodrigues, e Paulo Carneiro Maia.

Pontes de Miranda assevera²⁰ que *“no útero a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi um sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa).”*.

Da mesma maneira pensa o doutrinador Caio Márcio da Silva Pereira²¹, para quem o nascituro não possui o status de pessoa, tampouco gozando de personalidade jurídica. De acordo com seu pensamento, se o nascituro completa seu desenvolvimento e nasce com vida, tornou-se pessoa e, portanto, sujeito de direito. No entanto, acaso o nascituro não complete seu ciclo, morrendo antes de nascer, nunca terá sido pessoa, e, portanto, jamais terá gozado de qualquer direito.

Ambos os autores são uniformes em seu posicionamento doutrinário, entendendo que o nascituro não possui direito à vida, mas sim uma mera expectativa de direito à vida, uma vez que esta expectativa somente se consolidará enquanto direito, a partir do momento em que o feto se desenvolve e nasce com vida, pois este é o momento em que ganha personalidade e, portanto, direitos.

A Teoria da Personalidade Condicional, por sua vez, também chamada por alguns de Teoria Concepcionista Imprópria, afirma que a personalidade jurídica da pessoa tem início a partir da concepção, mas está condicionada ao nascimento com

²⁰ DE MIRANDA, Pontes. *“Tratado de Direito Civil, Parte Geral”*, Tomo I, 3ª Ed., 1970, pág. 162.

²¹ PEREIRA, Caio Márcio da Silva. *“Instituições de Direito Civil”*, vol. 1, 18ª ed., 1996, PP. 144-145.

vida. Dessa maneira o nascimento com vida seria um pressuposto para a aquisição de direitos e obrigações. Caso não ocorra o nascimento com vida o feto jamais terá adquirido qualquer direito, sendo equivalente a nunca ter existido do ponto de vista jurídico.

Entre os partidários desta teoria pode-se citar: Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, e Walter Moraes.

Por fim, a Teoria Concepcionista: os defensores desta corrente afirmam que a personalidade jurídica começa a partir do momento da concepção do embrião, ou seja, a partir do momento em que ocorre a fecundação, após o encontro dos gametas masculino e feminino. Defendem que, a partir do momento da concepção, já existe uma nova vida, sendo inerentes os direitos dela decorrentes. Assim, de acordo com esta corrente, o nascituro não teria mera expectativa de direitos, mas sim já teria direitos concretos, os quais o protegeriam desde o momento de sua concepção. Sustenta que no momento em que o artigo 2º do Código Civil previu que *“a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”* deixou tacitamente previsto que o embrião já é considerado sujeito de direito, uma vez que não se pode falar em conferir direitos a alguém (ou algo) que não possua personalidade jurídica.

Entre os adeptos dessa corrente, merecem destaque: Maria Helena Diniz, Francisco Amaral, Teixeira de Freitas, Rubens Limongi França, entre outros.

Para Francisco Amaral, a proteção jurídica expendida para tutelar os direitos da personalidade tem origem juntamente com o início da vida. O autor entende que a vida se inicia com a concepção do embrião, ou seja, momentos após a união dos gametas masculino e feminino.

A respeito da consideração do embrião enquanto uma vida, afirma²²:

“iniciando-se com a fecundação do óvulo, e que o embrião humano é o início desse processo, deve-se considerá-lo ser humano em potência, em como tal, revestido da dignidade própria da pessoa humana. Não é um simples conjunto de células, é o começo de uma vida, o início de uma pessoa, de um sujeito de direito”.

²² AMARAL, Francisco. *“Direito Civil: Introdução”*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 297-298.

Tal definição ganha contornos de especial relevância quando entendemos que considerar o embrião como o ser humano, confere-se a ele subjetividade jurídica, a qual desemboca na possibilidade de ser titular da ação e, portanto, possuir os direitos.

Sobre esse tema, Maria Helena Diniz faz ainda uma subdivisão entre os direitos da personalidade²³, afirmando que o nascituro, em sua vida intra-uterina, seria titular de “*personalidade jurídica formal*”, na qual estariam incluídos os direitos personalíssimos e os direitos da personalidade, e que, após o nascimento com vida, o recém-nascido adquiriria “*personalidade jurídica material*”, a qual regulamentaria seus direitos patrimoniais que se encontravam latentes antes de seu nascimento.

A defesa desta corrente tem como sustentáculo o fato de que o embrião, desde a sua concepção, se apresenta como um ser autônomo (ainda que dependente) e separado de sua mãe, tendo funções biológicas próprias. Assim, o direito à vida, no caso do nascituro, seria encarado como o direito que o feto (ou embrião) tem, de nascer.

Cabe, no entanto, a menção de uma subcorrente doutrinária da Teoria Concepcionista, chamada de “*Teoria concepcionista-nidacionista*”, segundo a qual a vida começa com a concepção, mas só se teria a proteção jurídica do nascituro a partir do momento da nidação, momento a partir do qual se considera que a vida é viável. Trata-se, no entanto, de visão minoritária, encabeçada por Santos Cifuentes²⁴.

2.3.1 Entendimento do ponto de vista biológico sobre o início da vida

Os biólogos, de maneira geral, possuem entendimentos diversos a respeito do momento do início da vida. Contudo, de acordo com o entendimento doutrinário biológico majoritário, a vida humana se inicia com a fusão do gameta masculino com

²³ DINIZ, Maria Helena. “*O estado atual do biodireito*”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 428-429.

²⁴ CIFUENTES, Santos. “*Los derechos personalíssimos*”. Buenos Aires: Ástrea, 1995, p. 236.

o gameta masculino, de cuja união se inicia uma série de atividades biológicas sequenciais, as quais formarão o embrião; nesse embrião unicelular já estão contidos todos os cromossomos existentes na espécie humana. Desde esse primeiro momento, com a concepção, estão determinadas todas as características celulares e biológicas que acompanharão o indivíduo até sua morte, tais como: sexo, grupo sanguíneo, cor de pele, olhos, etc.

Assim, para esta corrente doutrinária biológica, a vida se inicia a partir da concepção. Por esse motivo estes biólogos não fazem distinções entre o recém-nascido e o nascituro, uma vez que consideram que ambos já possuem as mesmas características biológicas.

Desse modo, cabe ressaltar, ainda, que não se pode fazer qualquer tipo de diferenciação entre os embriões gerados dentro do corpo da mulher, para aqueles que forem fertilizados *in vitro*, pois, primeiramente, como se viu, não se pode fazer qualquer diferenciação (do ponto de vista biológico) entre o nascituro e o recém-nascido com vida, visto que ambos possuem as mesmas características e funções celulares e biológicas. Além disso, cabe salientar que o Código Civil protegeu expressamente os direitos do nascituro sem fazer, no entanto, qualquer tipo de distinção entre o embrião concebido intra-uterino, e extra-uterino. Dessa maneira, não é possível admitir que se confirmem proteções jurídicas diversas entre seres humanos, não podendo ser lesado aquele que se encontrar fora do corpo humano no momento de sua formação.

Faz-se necessário esclarecer, ainda, a posição jurídica acerca da personalidade jurídica de um eventual clone: o clone humano não se origina de uma reprodução sexuada com fusão de materiais genéticos dos gametas masculino e feminino. É um processo de reprodução assexuada, onde há a transferência do núcleo de uma célula somática para um óvulo desnucleado, o qual se dividirá e se multiplicará dando origem a um indivíduo geneticamente idêntico àquele que cedeu a célula somática cujo núcleo foi removido.

No entanto, apesar de não se tratar de reprodução sexuada com fusão e troca de material genético, não se pode negar personalidade jurídica ao clone, uma

vez que seu desenvolvimento biológico e celular é idêntico ao de indivíduos normais, e também por ser pessoa que possui autonomia para se desenvolver, não só até o nascimento, mas também até seu estágio adulto. Tal consideração terá importância indiscutível para o desenvolvimento do presente trabalho, o qual abordará a possibilidade jurídica da utilização de técnicas de clonagem para tratamento de doenças.

2.4 Aspectos Críticos e a refutação à clonagem

Muito já se noticiou, ao redor do globo, a respeito de supostos clones humanos desenvolvidos nos mais diversos lugares. Todavia, a grande maioria dessas notícias não passou de especulação, uma vez que os responsáveis pelo suposto desenvolvimento da pesquisa jamais deram indícios substanciais que evidenciassem a verossimilhança de suas alegações.

Fato é, que de tudo o que se sabe até o momento, a taxa de insucesso nesse tipo de empreitada científica, em especial no que se refere à clonagem reprodutiva, apresenta níveis baixíssimos. Pesquisas mostram que uma tentativa de clonagem reprodutiva tem chance entre 95% e 99% de probabilidade de dar origem a um organismo anômalo ou defeituoso.

Nesse mesmo sentido, é a informação trazida por Fernando Castro Garcia, ao discorrer a respeito da alta taxa de insucesso dessas técnicas, até o presente momento de desenvolvimento científico:

“A utilização dessa técnica, com fins reprodutivos, ficou comumente conhecida pelas tentativas em se clonar mamíferos, a exemplo de ovelhas, ratos, porcos, cabritos, macacos, etc. A porcentagem de sucesso de nascimento na clonagem desses mamíferos pode não passar de 3,4%. Atrélada à taxa de insucessos, no nascimento de mamíferos clonados, encontra-se também a diagnose de que muitos destes apresentam problemas genéticos, que acarretam envelhecimento precoce, doenças degenerativas, e morte prematura. Estes problemas levam à constatação de

que a viabilidade da clonagem humana reprodutiva ainda se encontra longe de alcançar qualquer patamar discutível cientificamente.”²⁵.

Já com relação à clonagem terapêutica, conforme visto, seu principal objetivo é a obtenção de células-tronco para utilização em pesquisa e tratamento de doenças.

De maneira geral, na maioria dos países só são permitidas pesquisas e testes em animais, até que se obtenham resultados suficientemente seguros para testes em seres humanos. Em alguns países como Coreia do Sul e Inglaterra, porém, recentemente foram liberadas pesquisas com embriões humanos.

No entanto não se pode perder de vista que para que se consiga obter as referidas células-tronco é inevitável que se destruam centenas de embriões. Há que se consignar, ainda, que esta técnica, por não se encontrar em estágios avançados de desenvolvimento, não apresenta garantias seguras de que o embrião clonado terá a capacidade de se desenvolver satisfatoriamente e gerar as células-tronco que se esperam. Desse modo, tratar-se-ia de numeroso descarte de embriões humanos para que se obtivessem o número necessário de células-tronco necessário para levar a cabo as pesquisas que se desejam.

Além disso, não se pode olvidar do fato que, em virtude da natureza da pesquisa e do objetivo da técnica – dar início ao desenvolvimento da vida no embrião e, logo em seguida, destruí-lo para retirar suas células-tronco, seria transformar o homem (nesse caso o embrião clonado) em mero objeto de pesquisa, em mera ferramenta para o desenvolvimento científico, desrespeitando o próprio direito à vida, que coloca a vida humana em um patamar elevado de proteção jurídica, considerando-a como um fim em si mesmo.

A esse respeito, veja-se a observação de Jussara Meirelles:

“Ante a ordem jurídica em vigor, portanto, é de se entender inadmissíveis a produção, o armazenamento e a manipulação de embriões humanos como material biológico disponível. É que tais atividades denotam evidente

²⁵ GARCIA, Fernando Castro. *“Clonagem Humana Terapêutica”* in Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 58.

instrumentalização, incompatível com o respeito à vida e à dignidade humanas que informam o ordenamento.”²⁶

Desse modo, tendo em vista o entendimento jurídico doutrinário acerca do momento em que a vida tem início, afigura-se incompatível a utilização desse tipo de técnica científica com os valores éticos, morais e normativos defendidos pela Constituição Federal, por violar o direito à vida – o qual considerado absoluto em nosso ordenamento jurídico – e, ao mesmo tempo, transformar o homem em objeto do próprio homem.

²⁶ MEIRELLES, Jussara Maria leal de. *“A vida humana embrionária e sua proteção jurídica”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 185.

3. CLONAGEM TERAPÊUTICA E O DIREITO POSITIVO VIGENTE

Uma das grandes constatações críticas que se faz a respeito do ordenamento jurídico, e conseqüentemente do Direito como um todo, diz respeito ao fato de que estes estão, na maioria das vezes, defasados em relação às dinâmicas sociais, e às descobertas científicas. Isso se dá em razão da enorme velocidade com que os avanços são feitos, possibilitados pelo grande desenvolvimento tecnológico presente em quase todas as áreas do conhecimento humano.

A fim de permitir uma maior adequação do Direito frente aos avanços médico-tecnológicos, em especial frente à clonagem – objeto deste trabalho -, foram editadas normas que buscam regular o tema, e tornar mais claros os limites, e a forma de aplicação dos novos conhecimentos nos tratamentos médicos.

Tendo sido vistos no capítulo anterior os conceitos que permeiam o assunto, sob o ponto de vista biológico, é possível agora fazer uma abordagem da clonagem terapêutica sob a ótica do Direito pátrio, observando os dispositivos de lei que disciplinam o tema, em todo o ordenamento jurídico nacional.

Inicialmente faremos o exame dos dispositivos constitucionais que abordam a questão; em seguida, passaremos à análise de leis ordinárias e instruções normativas, visando cobrir as legislações vigentes que tratam – direta ou indiretamente – sobre o tema da clonagem, e suas características.

3.1 A experimentação genética perante a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 buscou disciplinar a temática em análise em seu Título VIII – Da Ordem Social, mais especificamente no Capítulo VI, o qual trata do meio-ambiente, em seu artigo 225, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

(...)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Sobre estes dispositivos, é possível notar que o legislador constitucional se preocupou com a proteção dos interesses das gerações futuras, bem como com a manutenção da diversidade e integridade do material genético dentro do território nacional, uma vez que prevê, inclusive, a fiscalização dos órgãos – públicos ou privados – responsáveis pela pesquisa e manipulação de material genético.

Na opinião de Pedro Alarcón²⁷, o objetivo do legislador no primeiro dos incisos mencionados seria de conceituar a expressão “patrimônio genético” como sendo a propriedade exercida pelos brasileiros em relação aos seres e recursos dotados de material genético.

Resta claro, portanto, que o inciso II do referido dispositivo da Carta Maior seria o de proteger, de uma maneira geral, o material genético de cada pessoa, considerando que cada núcleo genético em particular faz parte do conjunto genérico que é o do patrimônio genético que pertence a toda a humanidade, e o qual deve ser preservado para as gerações futuras, conforme disciplinado pelo texto constitucional.

Os dois dispositivos aqui verificados foram disciplinados pela Lei nº 8.974/05, conhecida como Lei de Biossegurança, a qual será examinada a seguir.

²⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **“Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988”**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 221.

3.2 Lei Federal nº 8.974/2005 – A primeira Lei de Biossegurança

A Lei 8.974/05²⁸ foi a primeira lei a criar disposições normativas específicas para a utilização de técnicas de engenharia genética. Entretanto, nenhum dos dispositivos presentes nessa lei tratava especificamente da clonagem, o que acabou por gerar dúvidas e discussões doutrinárias acerca da de sua vedação ou permissão no Direito brasileiro.

Alguns autores defendem que a lei não apresentou nenhuma proibição específica em relação à clonagem, deixando em aberto a possibilidade da efetivação dessa técnica. É a opinião de Silvio Valle²⁹, quando afirma que:

“(…) a atual lei de biossegurança veda, em seu art. 8º, inciso II, a manipulação genética de células germinais humanas, mas somente nas atividades relacionadas à OGM. Portanto, a lei não proíbe generalisticamente todas as manipulações com células germinais humanas e tampouco prevê a possibilidade de uma célula obter função germinativa a partir de uma célula somática, ou mesmo as técnicas de micromanipulação e microinjeção em células não-engenheiradas, e nem prevê qualquer penalidade específica relacionada com a clonagem de seres humanos.”.

²⁸ Em relação a esta lei, merecem destaque os seguintes dispositivos:

“Art. 1º - Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Art. 8º - É vedado, nas atividades relacionadas à OGM:

- I. qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei;
- II. a manipulação genética de células germinais humanas;
- III. a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;
- IV. a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

Art. 13 - Constitui crime:

- I. a manipulação genética de células germinais humanas;
 - II. a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;
- Pena - detenção de três meses a um ano.

²⁹ VALLE, Silvio. “Regulamentação da clonagem no Brasil” in *Revista bioética*, v. 5, n. 1, p. 108.

Essa visão, entretanto, não era pacífica. A doutrina majoritária, na verdade, possuía entendimento diverso, afirmando que apesar de não haver proibição expressa no referido diploma legal, as normas constitucionais que protegem o direito à vida, à incolumidade física, e a dignidade humana, bem como de proteção à diversidade e a integridade do patrimônio genético, traduziam tacitamente a proibição de tal entendimento. Segundo essa corrente, qualquer aplicação doutrinária, ou interpretação diversa disso, incorreria em flagrante inconstitucionalidade.

É o que se nota do pensamento encabeçado por Maria Helena Diniz³⁰, quando menciona que, em que pese a Lei 8.974/05 não tenha proibido explicitamente a clonagem, fica claro que: *“a vedação da clonagem em seres humanos está ínsita na proibição de proibição de células germinais humanas e de embriões humanos, uma vez que a clonagem requer desnucleamento do óvulo por via artificial em laboratórios e que pode haver ‘cloning’ de células retiradas de embriões humanos.”*

No mesmo sentido é a ideia manifestada por Paulo José Leite de Farias³¹, ao afirmar que:

“(…) a topologia dos direitos fundamentais relacionados a essa técnica de manipulação genética impede a interpretação da norma ordinária em desrespeito aos valores constitucionais por ela concretizados. Desse modo harmoniza-se de forma efetiva o progresso científico com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e com a garantia de um meio-ambiente equilibrado que preserva a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país (art. 225, § 1º).”

Todavia, em que pese a compreensão sobre o tema ser essa pela maioria da doutrina, o fato de haver divergências, em razão da lacuna legislativa deixada pelo diploma legal em comento, tornou imperiosa a necessidade da elaboração de normas mais específicas, face às controvérsias experimentadas nesta temática. Com isso foram, posteriormente, postas em vigor novas normas que disciplinavam o

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *“O estado atual do biodireito”*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 463.

³¹ FARIAS, Paulo José Leite. *“Limites Éticos e Jurídicos à experimentação genética em seres humanos”*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1856/limites-eticos-e-juridicos-a-experimentacao-genetica-em-seres-humanos/2>. Acesso em 14/10/2012.

assunto de forma mais específica, tal como a Instrução Normativa nº 08 da CTNBio de 1997, a qual será examinada a seguir.

3.3 Instrução Normativa nº 08 – CTNBio 1997

A Instrução Normativa nº 08³² foi a primeira norma jurídica nacional a tratar especificamente acerca do tema da clonagem em humanos, visando por fim a qualquer dúvida que pudesse ainda existir a respeito dessa temática.

A Instrução Normativa em análise, a fim de dirimir quaisquer polêmicas que porventura pudessem existir até então, proibiu expressamente a realização de experiências de “clonagem radical” através de qualquer técnica de clonagem.

Dessa forma, deixou-se de cogitar tais formas de experimentação, o que acabou por conferir maior efetividade normativa à própria lei de biossegurança, que passaria, então, a ter interpretação conforme a norma aqui estudada, ficando absolutamente claros seus limites.

³² O referido diploma assim normativiza, *in verbis*:

Art. 1º Para efeito desta Instrução Normativa, define-se como:

I - manipulação genética em humanos - o conjunto de atividades que permitem manipular o genoma humano, no todo ou em suas partes, isoladamente ou como parte de compartimentos artificiais ou naturais (ex. transferência nuclear), excluindo-se os processos citados no art. 3º, inciso V, parágrafo único, e no art. 4º, todos da Lei nº 8.974, de 5.1.95;

II - células germinais - células tronco responsáveis pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas, com qualquer grau de ploidia;

III - células totipotentes - células, embrionárias ou não, com qualquer grau de ploidia, apresentando a capacidade de formar células germinais ou diferenciar-se um indivíduo;

IV - clonagem em humanos - processo de reprodução assexuada de um ser humano;

V - clonagem radical - processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou conjunto de células, geneticamente manipuladas ou não.

Art. 2º Ficam vedados nas atividades com humanos:

I - a manipulação genética de células germinais ou de células totipotentes;

II - experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem.

3.4 Lei Federal nº 11.105/2005 – A atual lei de Biossegurança

A Lei nº 11.105/05 veio para substituir a antiga Lei de Biossegurança, em virtude da incompletude desta frente às novas demandas na seara do biodireito. A nova lei de biossegurança, ao entrar em vigor, revogou a legislação anterior, passando a disciplinar inteiramente o assunto.

Uma das grandes críticas apontadas a esse diploma refere-se ao fato de que o legislador teve a intenção de disciplinar tantos temas em um mesmo texto legislativo, que nenhum dos temas tratados na lei ficou suficientemente exaurido.

No bojo da referida lei foram tratados temas referentes a normatizações de segurança e meios para a fiscalização de atividades envolvendo organismos geneticamente modificados, a criação do CNB – Conselho Nacional de Biossegurança –, a reestruturação da Comissão Técnica de Biossegurança, além do tema das pesquisas envolvendo embriões e, daquele que é o tema de mais interesse aqui, que é a questão da clonagem humana.

Do que se percebe na leitura do texto legislativo, verifica-se que em razão da grande relevância dos temas abordados, o mais recomendável seria que cada um deles fosse abordado em lei específica que tratasse mais minuciosamente das nuances que os envolvem, a fim de trazer uma disciplina jurídica mais adequada. A verdade é que a disposição de tantos temas em um único diploma legal vai na contramão da busca por uma melhor sistematização jurídica e legislativa, levando a uma inevitável fragmentação dos assuntos ali tratados, o que por certo, levará a certas situações problemáticas indesejadas.

Os legisladores optaram por iniciar a nova lei dispondo sobre as definições mais relevantes que permeiam o tema, a fim de evitar confusões terminológicas. Nesse interim, o artigo 3º assim dispõe a respeito de organismos geneticamente modificados, e da clonagem humana, *in verbis*:

“Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético,

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI – células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.”

A primeira das críticas feitas a esta lei se refere exatamente quanto a regulamentação da **clonagem humana** em seu bojo. Pareceria mais razoável a regulamentação de normas referentes à técnicas de reprodução assistida, que é o tema genérico, ao invés de disciplinas a clonagem, a qual é apenas uma de suas técnicas. Essa, inclusive, tem sido essa a preferência legislativa de diversas legislações estrangeiras, a exemplo do direito espanhol, italiano, e francês.

Em relação à conceituação, esta também apresenta diversos problemas: a definição de clonagem não é completa e seu conceito não é bem explicitado. Além disso a lei deixa em aberto se a clonagem é aquela obtida utilizando a técnica de fissão gemelar, ou se por transferência de núcleo, ou ainda, se por ambas. Há que se consignar que da fora como os conceitos foram abordados, não ficou expressa que se referem unicamente a seres humanos, sendo possível a indagação sobre sua utilização em animais.

Em relação ao conceito trazido pelo diploma no que diz respeito à clonagem com fins reprodutivos, esta também não está imune a críticas. Sua incompletude, a exemplo do conceito anterior, também é visível. Os termos em que a lei foi editada assinalam apenas que a clonagem reprodutiva seria aquela realizada com o objetivo de obter um novo indivíduo, sem deixar claro se o material genético que o deu

origem poderia ser obtido através de um embrião, um feto, ou ainda uma pessoa já falecida. Falha, também, ao deixar em aberto a questão referente à possibilidade de o método utilizado poder dar origem a outros seres dotados de material genético idêntico.

Outra falha geralmente apontada no referido diploma legal está contido em seu polêmico artigo 5º, o qual traz em seu bojo a autorização expressa à realização de pesquisas utilizando-se células-tronco embrionárias. O dispositivo em comento assim é apresentado:

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

O referido dispositivo foi acusado de ser inconstitucional pelo ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada perante o Supremo Tribunal Federal – a ADIn-3510.

O então Procurador Geral arguiu que o referido dispositivo, ao prever expressamente a possibilidade de realização de pesquisas envolvendo embriões excedentários, violava o direito à vida, e à dignidade da pessoa humana. A Adin, todavia, foi julgada improcedente, com sua declaração de constitucionalidade pelo STF, em 2008.

Contudo, não obstante a interpretação referente à constitucionalidade do polêmico artigo, não se pode deixar de notar, ainda assim, algumas falhas no mencionado dispositivo.

Primeiramente, deve-se salientar, mais uma vez, que em casos de pesquisas com embriões, há a, inevitável, destruição destes, para que se possa conseguir extrair as células-tronco – principal objetivo deste tipo de pesquisa.

Conforme já visto em capítulos anteriores, a pesquisa com embriões excedentários, com utilização da clonagem terapêutica para obtenção de células-tronco, transforma estes embriões em meros objetos utilizados visando a obtenção de um fim. Com isso, deparamo-nos com uma clara coisificação do ser humano, a medida em que se abre mão de uma vida em potencial – com a destruição de um embrião – buscando obter material genético para utilização em pesquisas e tratamentos.

É importante salientar que o direito a vida possui proteção jurídica do maior calibre, segundo dicção do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, na garantia à dignidade da pessoa humana, bem como do artigo 5º, *caput*, da Carta Maior, no qual está prevista à proteção suprema à vida.

Nesse interim, cumpre ressaltar que independentemente de qual seja a finalidade pretendida – por mais altruísta que seja, como, no caso, o tratamento clínico de males e enfermidades – a vida jamais poderá ser preterida frente a outros direitos ou garantias.

Em seguida, pode-se contestar a previsão apresentada no inciso I deste mesmo artigo, segundo o qual um dos requisitos para a autorização legal à pesquisa envolvendo embriões excedentários é a de que sejam eles “inviáveis”.

Maria de Fátima Freire Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira manifestam entendimento no sentido de que se trata de uma norma em aberto, a qual não define o que são, nem apresenta critérios para definir o que seriam os chamados “embriões inviáveis”. Do mesmo modo, a norma também deixou de estipular quem poderia fazer a avaliação sobre a viabilidade ou inviabilidade dos embriões. As autoras expressam interpretação segundo a qual a inviabilidade dos embriões estaria ligada a eventuais defeitos que os tornassem incompatíveis com a vida de modo absoluto,

excluindo-se desse rol aqueles que possuíssem defeitos genéticos que os limitassem física ou mentalmente, mas que os possibilitassem sobreviver³³.

Outro ponto passível de questionamento diz respeito ao tempo estipulado pelo legislador no inciso II, a partir do qual se autorizaria a realização de pesquisas com os embriões eventualmente excedentes.

A grande suscitação se faz no tocante a como o legislador chegou ao tempo de 03 (três) anos para permitir os experimentos. Nesse sentido, encontramos a crítica formulada por Rita Kelch³⁴:

“(…) Qual foi o critério utilizado para definir este tempo? Por que não dois anos, ou quatro, ou cinco? Afinal, não há critério científico que fundamente a opção por três anos. Muitos embriões são utilizados mesmo após serem congelados por três anos. Por que, então, o legislador definiu esse prazo? Não há nenhuma explicação para a opção do legislador, parecendo absolutamente aleatório o prazo estabelecido na norma.”.

Outra questão que levanta questionamentos diz respeito à proibição de realização de “clonagem”, prevista no inciso IV do artigo 6º dessa lei. A grande dúvida gerada se dá em virtude da ausência de especificação expressa do legislador quanto ao tipo de clonagem que se estaria proibindo.

De maneira geral, tem-se a impressão de que a ausência de menção expressa a uma técnica específica de clonagem se dá em razão de a proibição é genérica, estendendo-se a todos os tipos de clonagem, seja ela reprodutiva ou terapêutica. Tal posicionamento, todavia, está longe de ser pacífico.

Rita Kelch deixa claro seu posicionamento de que a proibição é genérica, e se aplica a todos os tipos de clonagem, obtidas por quaisquer técnicas, ao afirmar que³⁵:

“o artigo não estabelece diferenciação, o que nos autoriza concluir que a pretensão do legislador foi de vetar a realização de ambas as espécies de clonagem, sendo inadmissível interpretação diversa, já que se desejasse estabelecer a proibição de somente uma das espécies, teria apontado a restrição de maneira expressa.”.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire. **“Filiação e biotecnologia”**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 98.

³⁴ KELCH, Rita. **“Direitos da Personalidade e clonagem humana”**. São Paulo: Método, 2009, p. 77.

³⁵ *idem*, p. 78.

É diverso, entretanto, o entendimento de Maria Auxiliadora Minahim³⁶. A nobre doutrinadora se manifesta no sentido de que o artigo 6º desse diploma legal exclui da proibição a clonagem terapêutica que visa a produção de células-tronco, pois presume que essas células-tronco não seriam provenientes de embriões criados especificamente para este fim, mas sim de outras células de embriões pré-existentes, e já congeladas pelo período superior aos 03 (três) anos estipulados pelo legislador. Considera que o termo “clonagem” é entendido de forma ampla, incluindo as duplicações de células e outros materiais genéticos por meio da mitose, de forma que a clonagem de células também seria considerada como clonagem terapêutica.

Todavia, não parece ser essa a interpretação mais acertada do dispositivo. Isso porque, diferentemente do proposto pela respeitável pensadora, a permissão de utilização dos embriões congelados prevista no artigo 5º não traz qualquer brecha referente à utilização de clonagem terapêutica. A permissão existente refere-se, na verdade, à utilização de células-tronco advindas de embriões criados através de fertilização *in vitro*, e não de células retiradas de embriões clonados a partir de outros, seja por meio de fissão gemelar, ou de transferência de núcleo.

Em outras palavras: o artigo 5º da lei só torna permitida a utilização daqueles embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia, mas não permite, sob qualquer hipótese, a duplicação ou replicação dos mesmos, visando a produção de novos embriões que possam ser fonte de células-tronco. Tal conduta foi plenamente rechaçada pelo artigo 6º, inciso IV dessa legislação.

A grande diferença entre ambas as condutas reside no fato de que a clonagem – seja ela reprodutiva ou terapêutica – prevê a necessária **criação** de um **novo** embrião, cujo código genético será idêntico ao material da célula que lhe deu origem. Já a conduta permissiva encontrada na lei somente se refere a uma possível utilização das células do embrião excedentário **já existente** em um processo de diferenciação celular com fins terapêuticos, ou de pesquisa, posteriormente. Até porque a legislação em comento foi expressa na redação do seu artigo 3º, inciso

³⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. “*Direito Penal e biotecnologia*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

VIII, ao conceituar a clonagem como sendo uma forma de “*reprodução assexuada*”, a qual, por óbvio, implicaria na geração de um novo ser/embrião.

Inobstante a grande quantidade de críticas tecidas à lei *sub examine*, é forçoso reconhecer a importância existente no fato de esse tema ser disciplinado mais expressamente por diplomas federais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a grande quantidade de novas possibilidades que surgem a cada dia – em decorrência do surgimento de novas descobertas e novas técnicas – e a necessidade de se dar uma resposta jurídica aos questionamentos levantados.

Assim, resguardadas às falhas técnicas presentes no referido texto legislativo, é de se esperar que, a partir dele, surjam novas iniciativas que busquem sanar os problemas apresentados, bem como complementar os pontos que nele não se encontra amparo legal frente às novas demandas jurídico/científicas.

3.5 A clonagem e o Direito Positivo estrangeiro

Conforme vimos, há grande diversidade de entendimentos sobre a possibilidade e a legalidade da implementação da clonagem, nos diversos países. Isso porque a implantação dessa técnica acabaria por destruir muitos embriões e, diante do dissenso existente acerca do momento em que a vida tem início, torna-se complicado traçar uma regra do entendimento geral, pois, para cada uma das legislações existentes, dependendo da teoria e do posicionamento adotado, estar-se-ia (ou não) violando o direito à vida.

Diante disso, cumpre levarmos em consideração as legislações estrangeiras, a fim de compararmos com o material legislativo existente no país, para, ao final, verificarmos quais seriam os caminhos a serem tomados, caso se deseje colocar em prática tais aplicações nos projetos científicos pátrios futuros.

A seguir, verificaremos como tem sido tratada a questão no direito estrangeiro:

ALEMANHA

Como regra geral, as pesquisas envolvendo embriões são proibidas na Alemanha por força da lei nº 745 de 13 de dezembro de 1990, conhecida, localmente, como “Lei de Proteção aos Embriões”.

A 'Embryonenschutzgesetz', só permite o diagnóstico ou o a pesquisa em embriões se o resultado da pesquisa for utilizada para benefício do próprio embrião, e com o objetivo de implantá-lo no útero da respectiva “mãe”.

Na referida lei, ficam proibidas a manipulação e a experimentação em material genético embrionário, uma vez que, pela lei local, são considerados embriões o óvulo fecundado e apto a se desenvolver, desde o momento em que os núcleos se fundem.

Além disso, no mesmo diploma legislativo são previstas sanções penais para aquele que comercializar, adquirir, ou utilizar, material embrionário para fins que não sejam voltados para a gravidez ou para o desenvolvimento humano³⁷.

Apesar de não constar expressamente neste diploma legal a vedação à clonagem, de acordo com a interpretação da maior parte dos peritos legais da Alemanha, a proibição da clonagem no § 6º da lei inclui a clonagem terapêutica e a clonagem reprodutiva. Ademais, considerando que esse clone é, em última análise, um embrião, não só é ilegal produzi-lo como também utilizá-lo como objeto de pesquisas científicas ou médicas.

ESPANHA

A Lei nº 42/1988 – a Lei sobre doação e utilização de embriões e fetos humanos, ou de suas células, tecidos e órgãos – veio disciplinar o tema de

³⁷ MARTÍNEZ, Stella Maris. *“Manipulação Genética e Direito Penal”*. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 190.

pesquisas envolvendo embriões, após diversas críticas às lacunas deixadas na legislação da época, a esse respeito, buscando trazer dispositivos que visassem uma expressa proteção do embrião humano.

A referida lei, em seu artigo 9º, proibiu a realização de experiências com embriões vivos, independentemente de serem, os embriões, considerados “viáveis” ou não. O descumprimento desse dispositivo constitui infração penal muito grave, estando sujeito, o autor, às penas previstas na lei.

Posteriormente, após longos debates ocorridos na “Comissão especial de Estudo da fecundação *in vitro* e da Inseminação Artificial Humana”, foi elaborada a Lei Orgânica nº 10/1995³⁸ – o antigo Código Penal espanhol – no qual especificou-se, como crime, a utilização de óvulos ou embriões humanos com qualquer finalidade diversa da reprodução, conforme artigo 161.

A Lei nº 45/2003, em seguida, alterou a Lei nº 35/1988, que disciplinava o mesmo tema. Pioneiramente, o texto legislativo autorizava o uso, para fins científicos de pesquisa, dos pré-embriões criopreservados. Todavia, ao impor a limitação de que fossem produzidos, no máximo, três ovócitos em cada ciclo reprodutivo, tornou difícil para a prática comum de técnicas de reprodução assistida.

No ano de 2006 foi o ano de ser aprovada a Lei nº 14/2006³⁹, a qual disciplina, de forma específica, as normas para reprodução humana assistida. No referido diploma foram editados dispositivos legais que proíbem, expressamente, a realização de clonagem reprodutiva em seres humanos, e seu artigo 1º, § 3º.

Já em relação à sua realização com fins terapêutica, a legislação espanhola se revelou omissa, talvez por considerar que a finalidade terapêutica não se enquadra como reprodução assistida, mas sim como técnica de pesquisa e terapia. Em razão dessa omissão, há grupos de cientistas no país que defendem sua possibilidade com fundamento na não vedação expressa do documento.

³⁸ Site em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html - acesso em 01/12/2012.

³⁹ Site em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html#c4 – acesso em 01/12/2012.

INGLATERRA

A Inglaterra assumiu posição de vanguarda no cenário mundial ao ser uma das primeiras, entre as grandes potências, a permitir a realização, em seu território, de pesquisas e experimentos em embriões humanos.

Em 1990 o parlamento britânico criou a “Human Fertilisation and Embryology Act”⁴⁰ – “Lei de fertilização Humana e Embriologia”, em tradução livre – buscando disciplinar as pesquisas de caráter embrionário no país.

De acordo com esta norma, fica permitida a realização da clonagem terapêutica utilizando-se embriões que tenham menos de 14 (quatorze) dias desde a fecundação. Esse diploma normativo dispõe que a realização de experimentos em embriões humanos só pode ser realizada visando fins especificamente definidos na lei, os quais devem ser considerados ‘necessários e desejáveis’.

Após algumas alterações sofridas pela lei, tornou-se legal, em janeiro de 2001, a chamada ‘clonagem terapêutica’. Contrários a esta decisão que permitia a clonagem terapêutica, alguns manifestantes da organização Pro-Life Alliance, iniciaram uma batalha jurídica visando impedir a implementação da clonagem terapêutica. A Suprema Corte da Grã-Bretanha decidiu que um embrião clonado é, de fato, diferente de um embrião dito “normal” e, portanto, não estava abrangido pela “Human Fertilisation and Embryology Act” de 1990. Por essa razão, a investigação utilizando embriões clonados não deveria ser permitida, uma vez que não existe lei que a regule.

Contudo, em janeiro do ano seguinte, esta decisão foi revogada por 3 juízes da mesma corte, os quais mudaram sua interpretação, decidindo que um embrião clonado está abrangido pela lei de 1990 e a clonagem terapêutica passou assim a ser considerada legal.

No ano de 2008 a lei sofreu uma grande revisão e atualização, a partir da “Human Fertilisation and Embryology Act 2008”⁴¹. Esta última revisão da lei também

⁴⁰ Site em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> - acesso em 02/12/2012.

⁴¹ Site em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> - acesso em 02/12/2012.

provocou a revogação da “Human Reproductive Cloning 2001”, a qual tinha por objetivo proibir expressamente qualquer tentativa de clonagem reprodutiva no território. Contudo, a despeito dessa revogação, a revisão promovida por essa alteração de 2008 na lei original de 1990 deixou expressa a vedação à clonagem reprodutiva.

Assim, mesmo na Inglaterra, que desponta como pioneira, entre os países Desenvolvidos do “Velho Continente”, na regulação de pesquisas com embriões humanos, permanece proibida a clonagem com intuito de criar um novo ser humano, sendo tal prática rechaçada em praticamente em todo o globo. No entanto, em razão de terem adotado entendimento diverso a respeito do momento em que se inicia a vida humana, é legal, na legislação britânica, a realização da clonagem para fins terapêuticos.

FRANÇA

Após longos debates, foi aprovada em 2004, na França, a Lei nº 2004-800⁴², conhecida como “Loi Relative à la Bioéthique” – ‘Lei relativa à bioética’, em tradução livre –, na qual proibiu-se a realização de quaisquer práticas relativas à clonagem, em território francês, classificando a conduta como crime contra a raça humana.

Posteriormente, em 2011, foi aprovada a Lei nº 2011-814⁴³, que trouxe diversas modificações à lei de bioética de 2004. Todavia, no artigo 40 dessa lei, permanece proibida a realização de clonagem ou outros procedimentos que visem a investigação, análise, ou experimentação em embriões, com essa finalidade⁴⁴.

⁴² Site em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469> – acesso em 02/12/2012.

⁴³ Site em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=061010A5B1C1FFF54A52DF7D8B59DB56.tpd jo04v_1?cidTexte=JORFTEXT000024323102&dateTexte=20121202 – acesso em 02/12/2012.

⁴⁴ A redação do referido artigo vem, assim, apresentada: “*La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite. La création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite.*”.

Já em seu artigo 41, a lei vai além, proibindo também a investigação em embriões humanos, bem como em células-tronco embrionárias⁴⁵.

Assim, verifica-se que a França, também, permanece em uma posição mais conservadora, a qual é compartilhada pela maior parte dos países europeus.

ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América o assunto é alvo de muita discussão, não possuindo, até o momento, uma legislação na qual fique expresso qualquer posicionamento específico, seja pela liberação, seja pela proibição, da realização de pesquisas ou experimentação envolvendo embriões humanos. Todavia, há uma tendência, de modo geral, pela sua vedação.

Em meados de 1997, após a divulgação global da clonagem da ovelha Dolly, o ex-presidente Clinton – o qual estava à frente da Casa Branca, na época – baixou um decreto impedindo o repasse de fundos públicos federais para financiar pesquisas que tivesse por objeto a clonagem e manipulação genética de embriões⁴⁶.

Além disso, requisitou à Comissão Consultiva Nacional de Bioética que fosse elaborado um parecer informativo à respeito dos aspectos legais e éticos da clonagem. O resultado do parecer foi um opinativo – *“Cloning Human Beings: Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission”*⁴⁷ – que concluiu que a prática revelava-se perigosa para os seres envolvidos no experimento, e que, moralmente, a prática era inadmissível. Como recomendações, a Comissão sugeriu que, no prazo de 05 (cinco) anos fosse aprovada uma lei que, expressamente, proibisse qualquer modalidade de clonagem, e que fosse mantida a restrição de fundos para esse tipo de pesquisa.

⁴⁵ A redação do referido artigo vem, assim, apresentada: *“La recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite.”*.

⁴⁶ Conforme: https://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website_journals_journal_of_legislation_and_public_policy/documents/documents/ecm_pro_060631.pdf, p. 03. - acesso em 02/12/2012.

⁴⁷ Site em: <http://bioethics.georgetown.edu/nbac/pubs/cloning1/cloning.pdf> - acesso em 02/12/2012.

Em 2003 um projeto de lei a esse respeito foi aprovado na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos, com vistas a limitar a concessão de fundos federais como investimento para as pesquisas⁴⁸.

Já em 2008, projeto similar (o HR 810⁴⁹), porém com sentido contrário – visando a ampliação de fundos federais para financiamento de pesquisas – foi aprovado pelo Senado americano, indo contra as expectativas do então presidente George W. Bush, que se mostrava ferrenhamente contrário à pesquisas com embriões que objetivassem a utilização de técnicas de clonagem⁵⁰.

Apesar dos longos debates, e da longa tramitação dos projetos nos órgãos legislativos norte-americanos, a questão ainda não apresenta uma solução concreta, tampouco uma resposta legislativa expressa, uma vez que os projetos ainda não chegaram ao final de seu trâmite. Assim, permanece indefinida a possibilidade jurídica, nos Estados Unidos, de realização de pesquisas e experimentos biomédicos envolvendo embriões humanos.

⁴⁸ http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/030228_clone1dtl.shtml - acesso em 02/12/2012.

⁴⁹ <http://www.govtrack.us/congress/bills/109/hr810/text> - acesso em 02/12/2012.

⁵⁰ <http://www.the-scientist.com/?articles.view/articleNo/24164/title/U-S--Senate-approves-stem-cell-bills/> e, no mesmo sentido, <http://www.abdim.org.br/senado-americano-aprova-pesquisas-com-celulas-tronco-embriionarias/> - acesso em 02/12/2012.

CONCLUSÃO

São sabidos os problemas e as dificuldades enfrentadas por pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, bem como seu anseio pelo desenvolvimento de uma solução médico-científica que as permita levar uma vida com maior qualidade e com mais dignidade.

Cientes dessa situação, médicos e cientistas das áreas biológica e genética se mobilizam a fim de encontrar uma forma de tratamento ou cura para essas enfermidades, visando colocar um fim no sofrimento diário desses indivíduos.

A clonagem terapêutica, nesse viés, surge com força, prometendo garantir um tratamento mais seguro, livre de contraindicações, e sem as temidas rejeições que afligem muitos daqueles que buscam um transplante de órgãos ou tecidos.

Desse modo, foi objeto do presente trabalho o estudo dessa promissora técnica, sob a ótica jurídica da legalidade. Objetivou-se analisar as possíveis consequências e implicações jurídicas da clonagem humana e da manipulação genética. Além disso, através de uma análise dos direitos da personalidade, buscou-se verificar se a utilização desse tipo de tratamento enquadra-se nos limites jurídicos a que a medicina – e a ciência de um modo geral – devem estar sujeitas, para que não se permita o uso indiscriminado da engenharia genética que possa ser atentatório à dignidade humana.

De posse das reflexões jurídicas acerca dos direitos da personalidade, em seguida, analisou-se alguns conceitos biológicos que permeiam a clonagem, para que se pudesse entender, mais exatamente, qual é, e como se realiza o tipo de procedimento examinado.

Posteriormente, fez-se uma análise do direito à vida, sua importância, bem como das teorias a respeito de qual o instante de seu início. Tal mister mostrou-se indispensável para a conclusão do presente trabalho, uma vez que o próprio entendimento sobre o início da vida adotado pelo direito brasileiro é determinante

para que se verifique a possibilidade – ou impossibilidade – de implementar-se a técnica.

Por fim, fez-se uma análise do direito positivo vigente, a fim de verificar o que dizem as legislações hoje existentes sobre a utilização desse procedimento. Inicialmente debruçando-se sobre a legislação constitucional e infraconstitucional pátria, para, em um segundo momento, analisar a legislação internacional, e o entendimento estrangeiro sobre o tema.

Com base nessas informações, e nessa metodologia de pesquisa, verificou-se que:

A previsão legal dos direitos da personalidade, realizada pelo legislador infraconstitucional, teve caráter meramente exemplificativo, não esgotando, nos artigos que tratam sobre esses direitos, o rol de todos eles. Tal consideração é importante, pois os direitos da personalidade devem ser dilatados, a fim de que possam abranger as novas situações existentes – e também as vindouras – decorrentes do desenvolvimento humano, da ciência, bem como do surgimento de novas tecnologias.

Verificou-se que o direito à vida, na condição de direito mais importante dentre todos os existentes – haja vista que é ele que dá origem aos demais – é indisponível pelo seu titular, de modo que o indivíduo não tem a possibilidade de livremente dispor ou renunciar ao seu direito de viver.

A fim de analisar o momento em que se inicia a vida humana, estudou-se as diversas teorias acerca do momento de sua origem. O direito brasileiro adotou, no ordenamento jurídico, a Teoria Concepcionista, e a Teoria da Proteção Integral, considerando o embrião como pessoa a partir do momento em que ocorre a concepção, e protegendo-o como se ser humano nascido fosse.

Levando-se em consideração essa informação, temos que a técnica de clonagem aqui examinada – qual seja, a clonagem terapêutica – que visa a produção de embriões humanos por meio de clonagem de outros embriões, para extrair deles células-tronco embrionárias, viola o direito à vida, segundo

entendimento majoritário da doutrina brasileira, posto que, ao usá-los como objeto de pesquisa, destrói-se um ser humano em potencial.

Não à toa a legislação brasileira (em especial a Lei de Biossegurança), pautada precipuamente nesse entendimento, proibiu expressamente qualquer possibilidade ou tentativa de se colocar em prática a realização de clonagem para tratamento humano. Isso porque considerou que, iniciando-se a vida com a concepção, o embrião clonado - em que pese seja uma cópia genética de outro organismo – já era pessoa, possuindo, portanto, direitos da personalidade, entre eles o direito a vida.

Nesse interim, considerou que a destruição de um ser humano para benefício de outro (ao utilizar as células-tronco embrionárias no tratamento) estaria transformando a vida humana em objeto do próprio homem, resultando em uma inquestionável coisificação da pessoa, a qual seria criada com o simples objetivo de servir à outra.

A legislação internacional, da mesma forma, baseou-se, maciçamente, nesta mesma interpretação, de modo que a maioria dos países estrangeiros possui legislação proibitiva em relação à realização da clonagem, a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico pátrio.

Foge a essa regra, entretanto, a Inglaterra, a qual assumiu posição de vanguarda em pesquisas do tipo, tendo tornado legais as pesquisas que utilizam embriões humanos, visando o firme propósito de desenvolvimento de técnicas que auxiliassem no tratamento de enfermidades até hoje incuráveis e que pudessem, de alguma forma, auxiliar na melhoria da qualidade de vida das pessoas.

O fundamento teórico-doutrinário utilizado para sustentar essa posição divergente, reside no fato de que, para os defensores dessa ideia, a vida apenas se inicia após o decurso de 14 (quatorze) dias da concepção – momento em que se consideram formadas todas as ligações neurológicas que permitiriam concluir a existência de um ser humano vivo.

Nesse panorama, conclui-se que seria essa a saída para a implantação desse instrumental no Brasil. Somente com a alteração do entendimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial acerca do momento em que se inicia a vida, poderia vir a se tornar viável esse tipo de experimentação no território nacional, de modo a não considerar sua utilização como atentatória à vida e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **“Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988”**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- ALONSO, Felix Ruiz. **“Direitos humanos do nascituro”**. O Estado de São Paulo, 5-5-1997.
- AMARAL, Francisco. **“Direito Civil: Introdução”**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDERSON. **“Human gene therapy: why draw a line?”**. J. Med. Philos, 1989.
- ANFINSEN. Bio-engineering: short-term optimism and longer term risk. In: **“The manipulation of life”**. San Francisco, 1984.
- ANTONIUK, Elisete. Clonagem humana: qual pessoa deve ser a medida da vida? Um estudo com base em artigos de periódicos e revistas alemãs. **“Revista de Direito Constitucional e Internacional”**.
- ARAÚJO E OLIVEIRA, Marcos Inácio. **“Clonagem, direito e biogenética – aspectos jurídicos face à genética”**. *Ciência Jurídica*.
- AZEVEDO, Eliane S. Terapia gênica. **Bioética**, 1997.
- BARACHO, José A. de O. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição, Bioética e Direito. **“Revista de Direito Constitucional”**.
- BARBOSA, Juliana Aparecida dos Santos. **“Clonagem Humana e suas implicações jurídicas”**. São Paulo: Lawbook, 2005.
- BAÚ, M. Kostelnaki. **“A clonagem em seres humanos: aspectos jurídicos”**. *Bioética*.
- BITTAR, Carlos Alberto. **“Direitos da Personalidade”**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- CAPELLA, Vicente Bellver. **“¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana.”**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 14.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **“O Direito Geral de Personalidade”**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. “Direitos da personalidade do nascituro”. **Revista do Advogado**. São Paulo, 1992.

----- **“Proteção Civil ao nascituro e novas técnicas médicas”**. Folha de S. Paulo, 24-5-1992.

CIFUENTES, Santos. **“Los derechos personalísimos”**. Buenos Aires: Ástrea, 1995.

CORTIANO JR., Eroulths. **“Direitos da Personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver”**. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DA SILVA, Carlos Afonso Gonçalves. **“Direitos da Personalidade do Clone Humano”** in Revista de Direito, Faculdade de Direito de Leme, vol. V, nº 07.

DE LIMA, Alex O. R. **“O direito dos clones”**. *Tribuna do Direito*, jul. 1997.

DE MIRANDA, Pontes. **“Tratado de Direito Civil, Parte Geral”**, Tomo I, 3ª Ed., 1970.

DE MORAES, Alexandre. **“Direito Constitucional”**. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **“Curso de direito civil brasileiro”**. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **“O estado atual do biodireito”**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. **“Limites Éticos e Jurídicos à experimentação genética em seres humanos”**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1856/limites-eticos-e-juridicos-a-experimentacao-genetica-em-seres-humanos/2>. Acesso em 14/10/2012.

FERNANDES, Milton. “Os Direitos da personalidade”. In: **Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Márcio S. Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZ, Sérgio. **“Manipulações Biológicas e princípios constitucionais: uma introdução”**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. **“Genética humana e Direito”**. Bioética, 1994.

GARCIA, Fernando Castro. **“Clonagem Humana Terapêutica”** in Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. **“Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo”**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Geraldo. **“Engenharia genética, deontologia e clonagem”**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

- GOMES, Orlando. **“Introdução ao direito civil”**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GOMES, Orlando. **“Direitos da Personalidade”** in Revista Forense 216/05.
- GUIMARÃES, Adriana Esteves. **“Clonagem terapêutica: seus enfoques bioéticos e biojurídicos”**. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC, 2005.
- JUENGST & WALTERS. “Gene therapy: ethical and social issues”. In: **Encyclopedia of bioethics**. New York, 1995.
- KELCH, Rita. **“Direitos da Personalidade e Clonagem humana”**. São Paulo: Método, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **“O direito do embrião humano: mito ou realidade?”** in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 20:26, out.-dez. 1996.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. **“Transplantes de órgãos e tecidos, e direitos da personalidade”**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **“Manual de direito civil”**. Vol. 1º. São Paulo: RT, 1980.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. **“Manipulação Genética e Direito Penal”**. São Paulo: IBCCrim, 1998.
- MEIRELLES, Jussara Maria leal de. **“A vida humana embrionária e sua proteção jurídica”**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **“Direito Penal e biotecnologia”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- OLIVEIRA FARIA, Anacleto & FRANCO MONTORO, André. **“Condição Jurídica do nascituro no Direito brasileiro”**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- PEREIRA, Caio Márcio da Silva. **“Instituições de Direito Civil”**, vol. 1, 18ª ed., 1996.
- SAPOZNIK, Ralph. “Clonagem x ‘Copyright’”. **Tribuna do Direito**, jul. 1997.
- SAUWEN, Regina L. F. “Da ‘persona’ ao clone”. **Revista brasileira de Direito comparado**. Rio de Janeiro: 1999.
- SAUWEN & HRYNIEWICZL. **“Da bioética ao biodireito”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

- SERRA, Angelo. "Das novas fronteiras da biologia e da medicina". In: **Questões atuais da bioética** (vários autores). São Paulo: Ed. Loyola, 1990.
- SGRECCIA, Elio. "Engenharia genética humana: problemas éticos". In: **Questões atuais da bioética** (vários autores). São Paulo: Ed. Loyola, 1990.
- SGRECCIA, Elio. "**Manual de bioética**". São Paulo: Loyola, 1996.
- SILVA, José Afonso da. "**Curso de Direito Constitucional positivo**". São Paulo: RT, 2010.
- SOBEL, Henry I. "Xerocando seres vivos". **Folha de S. Paulo**, 1997.
- SZANIAWSKI, Elimar. "**Direitos de Personalidade e sua tutela**". São Paulo: RT, 1993.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire. "**Filiação e biotecnologia**". Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- VEIGA PEREIRA, Lygia da. "Clonagem: fazer ou não?" **Folha de S. Paulo**, 1998.
- VELÁZQUEZ, José Luis. "**Del homo al embrión: ética y biología para el siglo XXI**". Barcelona: Gedisa, 2003.
- VÉZEL RODRIGUES, Ricardo. "Bioética, poder e direito". **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XLII, jul./set. 1994.
- ZATZ, Mayana. "**Clonagem Humana: conhecer para opinar**" in Revista Pesquisa Fapes Especial, Clonagem. Disponível em: <http://www.revistapesquisa2.fapesp.br/Suplemento_Clonagem.pdf>. Acessado em 22 de agosto, de 2012.