

Clonagem e vida humana: é possível avançar sem agredir?

CLONAGEM: PESSOA E FAMÍLIA NAS RELAÇÕES DO DIREITO CIVIL*

Gustavo José Mendes Tepedino

RESUMO

Examina as prováveis conseqüências jurídicas advindas das novas técnicas de manipulação genética, de procriação e da clonagem propriamente dita, bem como verifica sua compatibilidade com a realidade jurídica contemporânea.

Define os campos da clonagem, dividindo-os em clonagem com a finalidade de reprodução e clonagem como forma de regeneração de tecidos, analisando sua aplicabilidade frente às normas constitucionais e ao Direito Civil.

Acredita que o progresso da ciência e o avanço das tecnologias estarão sempre acima da capacidade humana de regular os dispositivos legais. Entretanto, afirma que compete aos juristas enfrentarem os novos temas relacionados às Ciências Biológicas com amparo em valores éticos e jurídicos que reflitam o poder do Direito na proteção dos interesses e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; Ciências Biológicas; manipulação genética; princípio da dignidade da pessoa humana.

A clonagem surge como um momento culminante do desenvolvimento de técnicas de manipulação celular e genética e, como ocorre com frequência nos diversos campos do Direito, o fato social, econômico e biológico acabam por tomar de surpresa os intérpretes, o jurista, gerando perplexidades no que tange às conseqüências jurídicas possíveis das novas técnicas de manipulação, de procriação e, finalmente, da própria clonagem.

Diante de fatos tão inovadores, a primeira tendência do Direito é adotar um certo conservadorismo, o que é natural em momentos de transformação, no sentido quase de se desenvolver um misoneísmo, tentando os juristas encaixar, nas categorias novas, a dogmática já conhecida, os instrumentos jurídicos do passado. Essa desproporção entre um instrumental teórico, desenvolvido para categorias conhecidas, e fatos inusitados, não raro gera crises, dificuldade interpretativa, e há de ser superada, se quisermos fazer frente aos novos tempos, às novas descobertas científicas e à nova realidade social.

Com relação à realidade da clonagem, que suscita o imaginário de uma maneira geral das pessoas, imaginando-se um pouco em uma versão atual da onipresença ou da cobiça do pecado original em que se mordeu a maçã no paraíso – aqui a maçã multiplicada no sentido de o homem assumir o lugar do Criador –, a primeira reação, portanto, do Direito, manifestado em alguns projetos de lei e até na legislação nacional, é a de negação, é a de afastar aquilo que é diferente. Entretanto, cada vez mais se percebe que a clonagem surge como processo muito complexo e diversificado, ora atuando na manipulação genética em termos

de procriação, ora na chamada “medicina de terapia regenerativa” em termos de autotransplante, de salvar vidas humanas, o que evidentemente descarta uma atitude puramente negativista ou de recusa por parte dos operadores do Direito às novas técnicas. Diante, portanto, da realidade que se impõe da clonagem, é preciso que o intérprete faça o que se chama hoje de “filtragem constitucional”, examinando essas novas técnicas à luz dos valores civis constitucionais, para que se proceda a um juízo de compatibilidade dessas mesmas técnicas com a realidade jurídica contemporânea.

É preciso, portanto, que se abra mão de preconceitos ou de receios ideológicos e religiosos em busca de uma serena interpretação que procure verificar se essas novas técnicas são compatíveis, e em que medidas, com as relações de Direito Civil e, mais do que isso, com a ordem pública constitucional.

Os dois campos da clonagem que se apresentam são, claramente, a clonagem com finalidade de reprodução de um lado e, de outro, a clonagem como forma de regeneração de tecidos, em particular nos casos de autotransplante.

No que tange à primeira dessas hipóteses, associa-se a clonagem, no imaginário das pessoas, à imortalidade ou a um narcísico instrumento de reprodução. Na verdade, há provavelmente em torno de 10% de casais chamados de “hipoférteis” que optam por técnicas de reprodução assistida, que poderiam pretender, por meio de técnicas a serem desenvolvidas, no âmbito da clonagem, suprir a falta de filho ou a impossibilidade de procriação. A primeira discussão ética no âmbito do Direito seria a possibilidade de essa técnica ocorrer, ou seja, até que ponto

seria possível – o primeiro a levantar essa questão, parece-me, no âmbito normativo, foi Habermas – estabelecer uma relação tão próxima com o clonado, capaz de condicionar sua vida, de diminuir sua autodeterminação e sua liberdade de ação, justamente porque predestinado a um comportamento, pelo menos em grande parte, subordinado ou condicionado àquela composição genética anterior.

A tais interrogações, a ciência vem discutindo, inclusive no âmbito da ciência comportamental, no sentido de se procurar, por um lado, relativizar essa cópia que se daria com a clonagem, já que o próprio comportamento e ambiente, desde o uterino ao ambiente da vida, evitariam, por assim dizer, essa cópia *tout court* sem que se desse algum campo de determinação ou de autodeterminação ao possível clonado.

De toda sorte, ainda resta no ar, de maneira não-respondida, uma certa escravidão, a que aludiu Habermas, que seria a imposição a uma pessoa, retirando-lhe o livre arbítrio e a autodeterminação comum a todas as outras, da capacidade de se ver livre de seu clone, de um certo destino, por assim dizer, de maneira provocativa, traçado pelo seu criador. Aí está um dos aspectos, no âmbito jurídico-cultural, que não parece passível de ser respondido com os instrumentos que temos em mão. Daí, uma certa rejeição nas legislações ou na cultura jurídica, no sentido de não se aceitar a clonagem.

Em outro aspecto, no segundo campo que se abre de grande importância para o Direito, temos a clonagem utilizada, e certamente com maior urgência que a primeira, nos termos de hoje, a partir das chamadas “células-tronco embrionárias” e com todas as técnicas que os especialistas conhecem, e que não caberia aqui reprodu-

* Conferência proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas*. Texto sem revisão do autor.

zir de maneira simplista, destinadas a permitir que vidas humanas possam ser salvas. Em inúmeras hipóteses – com problemas cardíacos, de câncer, de doenças sem cura etc. –, a Medicina não teria resposta para o prolongamento da vida. Hoje, com as técnicas de clonagem, já se anuncia a possibilidade de êxito, de cura, por meio da reprodução celular, se esta viesse a garantir uma vida melhor ou mais longa para outras pessoas.

Diante dessa realidade, é possível ou parece lícito simplesmente rejeitar as técnicas da Biologia ou afirmar que tais técnicas contrariam a nossa índole, a nossa cultura e, a partir daí, pura e simplesmente, rejeitar-se a introdução de futuras inovações legislativas ou deontológicas que, no âmbito da Medicina, permitam a manipulação genética, o desenvolvimento da clonagem? Parece-me que não, mesmo quando, no momento atual, ainda tenhamos dificuldades, no âmbito do Direito, para aceitar tais inovações. Diante desses avanços da genética, da Biologia, cabe ao jurista, em primeiro lugar, verificar para, além de um mero juízo de licitude tão confortável na dogmática liberal, promover um estudo caso a caso de compatibilidades ou do que hoje se chama de “merecimento de tutela jurídica” das novas técnicas à luz dos valores constitucionais.

Nos dias atuais, com essas e tantas outras transformações no âmbito das novas tecnologias, da informática e da bioética, é preciso que possamos abrir mão de uma técnica excessivamente regulamentar e tipificadora que tente simplesmente prever todas as situações em que as pessoas venham a estar em perigo ou venham a merecer tutela; isso será sempre insuficiente a proteger tantos aspectos da pessoa humana nos novos campos da bioética em favor do desenvolvimento de cláusula-geral de proteção da pessoa humana, cláusula-geral de tutela da personalidade, que, já se encontra em nosso ordenamento, na Constituição da República, a partir do art. 1º, inc. III, que considera como princípio fundamental ou objetivo da República a dignidade da pessoa humana, e, a partir desse valor máximo para o ordenamento, é preciso que se faça com coragem juízos de ponderação, não de direitos, porque aqui não temos sequer direitos bem constituídos em algumas dessas circunstâncias, mas, antes de tudo, uma ponderação axiológica, para se verificar quais os valores que autorizam essas intervenções e quais os que as

(...) é preciso que possamos abrir mão de uma técnica excessivamente regulamentar e tipificadora que tente simplesmente prever todas as situações em que as pessoas venham a estar em perigo ou venham a merecer tutela; isso será sempre insuficiente a proteger tantos aspectos da pessoa humana nos novos campos da bioética (...)

desautorizam. Nessa direção, em um primeiro momento, podemos, no âmbito da nossa própria ordem constitucional, afastar as técnicas de manipulação genética ou de clonagem que se associem às pressões de mercados ou ao desenvolvimento patrimonial, já que esses valores estão insuficientes ou inferiorizados em relação aos valores da pessoa humana, mas não podemos, pura e simplesmente, afastar a afirmação de tais técnicas, quando elas se destinam ao desenvolvimento da personalidade, ou venham indicar a promoção da dignidade da pessoa humana.

Cabe verificar, portanto, os valores essenciais à tutela da pessoa e da família. No âmbito da família, o constituinte foi bastante categórico no seu art. 226 ao prever e ao proteger a família, não mais como uma instituição matrimonializada, mas como uma instituição com prioridade do estado plural que possa ser traduzida ou protegida, não só no âmbito do casamento,

mas também por meio de famílias monoparentais ou consequência da união estável. Verifica-se, portanto, que nos valores da família temos uma indicação constitucional para a instrumentalização da família, considerada como o lugar ideal para a promoção da pessoa humana, somente na medida em que possa se revelar como tal; não é por outra razão que o próprio constituinte autoriza a dissolução do casamento quando a família deixa de representar esse lugar ideal para a promoção dos seus membros: filhos, homem e mulher em posição de igualdade.

Assim, também, a pessoa humana, a partir do art. 1º, inc. III, da Constituição da República, associado ao art. 5º, § 5º, da Constituição da República, que permite o ingresso no rol das garantias fundamentais de outros princípios próprios da ordem democrática a ser incorporados por tratados internacionais, tenho que da conjugação desses dispositivos há um indicador bastante definido do constituinte em termos de promoção da dignidade da pessoa humana.

Não poderemos mais aceitar, portanto, que essas matérias sejam discutidas de forma maniqueísta, a respondermos “sim” ou “não” diante de desafios da Biologia.

Foi-se o tempo em que víamos a questão da clonagem de maneira macabra, como na ficção de Aldous Huxley, em sua obra *Admirável Mundo Novo*, imaginando que razões de Estado se limitariam a impor manipulações genéticas destinadas a interesses supra-individuais. Portanto, por exclusão, os interesses patrimoniais não poderão definir as prioridades da manipulação genética. Interesses de Estado, evidentemente, também não poderão, de maneira alguma, reger essa matéria na hora em que se pretendesse definir uma nova legislação deontológica, uma legislação propriamente dita do ponto de vista normativo, para regular o futuro da manipulação genética e da clonagem em nosso País.

Por outro lado, parece-me bastante ingênuo imaginar que, por meio de legislação que atenda a uma ou outra técnica, conseguiríamos evitar que o progresso nos tomasse de sobressalto. O desenvolvimento das tecnologias sempre estará acima da nossa capacidade de regular os dispositivos, de prever, nessa matéria, uma forma estável de tutela à pessoa humana.

Assim sendo, a clonagem destinada à procriação não se revela, na cultura jurídica atual, como um mecanismo de menor agressão à pessoa

humana. O sacrifício eventual às células embrionárias revela-se desnecessário diante de outras técnicas que já existem e que são, portanto, preferíveis para os mesmos fins.

Não poderiam ser um capricho individualista, nem as pressões de mercado, nem as razões de Estado a definir as prioridades em termos de manipulação genética e de procriação assistida. É preciso, no entanto, que o jurista se valha sempre da ciência para perceber quando existiriam interesses da própria personalidade humana acima de outros interesses, de tal maneira que, nessa ponderação de interesses, fossem bem aceitas algumas das novas técnicas. Se assim é, por outro lado, teremos de verificar também que alguns dos conceitos já arraigados e estabelecidos para o Direito estão completamente ultrapassados, diante da possibilidade da Biologia; um deles, e o mais importante, é a associação do vínculo biológico ao vínculo da filiação.

Em alguns países como a França, onde a procriação assistida foi regulada em lei, há nitidamente uma separação legislativa entre vínculos biológicos e de filiação. Se, em um determinado momento, conseguimos, com as técnicas de DNA, estabelecer vínculos que nunca puderam ser estabelecidos no passado, isso significará, *tout court*, o vínculo que conhecíamos de filiação? Acredito que não. Parece que uma progressiva afirmação da filiação e da paternidade socioafetiva, hoje, revela-se indispensável para que se afaste aquela concepção antiquada que associava vínculo biológico, filiação e efeitos, geralmente, patrimoniais e existenciais. Quantas alterações precisaríamos fazer se quiséssemos, com coragem, absorver a evolução da Biologia e das técnicas de manipulação genética.

Se temos uma cláusula geral de proteção da pessoa humana, no seu cotidiano, diante das novas técnicas, teremos de ponderar, a cada momento, os interesses que estão em jogo. Não poderemos, pura e simplesmente, ter uma resposta que fosse aceitar ou rejeitar as novas técnicas da Biologia. Ao contrário do que simplesmente negar ou, por outro lado, espichar indefinidamente o novo de direitos, de regras, de lícito e de ilícito neste campo, é preciso pensarmos, por meio da ponderação axiológica, na possibilidade de examinar as finalidades das técnicas, no valor da pessoa humana e na sua promoção em ambos os sentidos.

Evidentemente que, em termos de relações de família, há como insu-

perável uma provável violação à isonomia se tivéssemos, amanhã, uma situação em que algum filho fosse derivado de manipulação genética – não sabemos nem se é filho, na percepção tradicional –, e outro fosse gerado espontaneamente.

Todas essas técnicas devem ser consideradas no âmbito de uma terapia e, portanto, de maneira excepcional.

O Direito e as relações de Direito Civil são postas, ainda, a partir de relações de afeto, amor e solidariedade. As figuras materna e paterna parecem insubstituíveis nessas relações de vida inseridas na família. Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família.

Esta é a realidade em que vivemos: uma ordem jurídica constitucional que avocou para as relações de Direito Privado, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana como valor central, superando todos os outros interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais ou ideológicos que pudessem, por assim dizer, se sobrepor na escolha de princípios ou nas novas técnicas legislativas.

Com a inclusão da cláusula geral de proteção da pessoa humana, todas as novas técnicas, ao invés de, pura e simplesmente, serem rejeitadas ou, pior, reguladas de forma tipificadora, de tal maneira que a cada mês ou a cada dia as consideremos superadas, devem dar lugar a uma ponderação axiológica, a fim de que a promoção da dignidade da pessoa humana possa, em qualquer circunstância, ser o norte para a definição do direito a ser aplicado. Essas técnicas são terapêuticas, de apoio, e não substitutivas da relação familiar ou das relações de Direito Civil como conhecemos hoje.

O jurista não deve desafiar a Biologia, tampouco deve manifestar-se contrário a ela por medo, desconhecimento ou desconfiança. É preciso enfrentar os novos temas relacionados às Ciências Biológicas com um arsenal ético que, hoje, impregnando os valores jurídicos do ordenamento civil e constitucional, revele todo o potencial do Direito na proteção da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The author examines the probable juridical consequences coming from the new techniques of the genetic handling, of the procreation and of the cloning itself, as well as checks its compatibility with the contemporary juridical reality.

He defines the fields of cloning dividing them into cloning with the purpose of reproduction and cloning as a form of regeneration of tissues, analyzing its applicability before the constitutional procedures and the Civil Law.

He believes that the progress of the science and the advance of the technologies will always be above the human capacity to regulate the legal devices. However, he states that it is the jurists' competition to face the new themes related to the Biological Sciences that are supported by the ethical and juridical values which show the Law power in the protection of the human person's interests and dignity.

KEYWORDS – Civil Law; Biological Sciences; genetic handling; principle of the human person's dignity.