

# A Justiça Frente à Revolução Científico- Tecnológica no Campo da Reprodução Humana

# CLONAGEM HUMANA E O DIREITO DA PESSOA – VISÃO EUROPÉIA\*

## Massimo Vari

### RESUMO

Analisa, juridicamente, o tema relativo à clonagem reprodutiva, diferenciando-a da clonagem terapêutica.

Assevera que as Constituições modernas, em especial a italiana, têm como objetivo fundamental a tutela da dignidade do ser humano, estendida também ao nascituro. Aborda o aspecto biotecnológico e sua compatibilidade com os valores inseridos nas Constituições europeias, oportunidade em que avalia os interesses contrastantes à luz das constituições baseadas nos chamados “valores”. Considera que o tema inerente à clonagem reprodutiva enseja o desenvolvimento de debates envolvendo o seu aspecto ético, a partir de sua concepção tradicional.

Por fim, acredita que compete aos juristas tentar reconstituir o ordenamento jurídico, antes da norma fundamental difundida pela doutrina de Kelsen, tendo como prioridade a observância de princípios fundamentais, tais como: a dignidade do ser humano e o direito à vida, elementos imprescindíveis à convivência humana.

### PALAVRAS-CHAVE

Clonagem humana reprodutiva; Constituição italiana; biotecnologia; Kelsen; patrimônio genético.

## 1 O TEMA DA PESQUISA: A CLONAGEM HUMANA REPRODUTIVA

O tema que pretendo abordar, na sua perspectiva eminentemente jurídica, tem uma complexidade que pode ser intuída, devido a um conjunto de aspectos, nas relações entre os agentes envolvidos, que afetam não só o campo da ciência médica como também, e de modo particular, o das ciências sociais; e, mesmo antes desses, o da ética.

Essa complexidade reflete, entre outras coisas, a diversidade das questões que são levantadas, sob vários pontos de vista, com respeito a cada um dos procedimentos de manipulação genética, e me leva a limitar esta apresentação ao que é definido habitualmente como “clonagem humana reprodutiva”. Ou seja, a técnica biológica artificial com que se cria um organismo humano idêntico geneticamente a outro da mesma espécie, sem a fecundação sexual, e, portanto, de modo agâmico, mediante a cisão de uma célula (e do seu DNA) que é depois implantada no útero humano.

Consciente da novidade do tema, farei algumas considerações, obviamente a título pessoal, atentando sobretudo para a doutrina jurídica que se ocupou até aqui dessa forma de clonagem, caracterizada pela vontade de reproduzir indivíduos humanos, e, sob este aspecto, diferenciando-se da clonagem com objetivo distinto, ou seja, a de caráter terapêutico.

## 2 UTILIDADE DA PESQUISA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO

Uma vez limitado o objeto da nossa apresentação nos termos indi-

cados, é impossível sufocar uma pergunta, que para o jurista surge espontaneamente, sobre a utilidade real de explorar um tema como este, diante de uma série de elementos que pareceriam qualificar tal empreendimento como um esforço vão.

Antes de mais nada, o que deveria ser a realidade estudada – a reprodução humana por meio da clonagem – ainda é, por assim dizer, uma realidade virtual (pelo menos, deste modo é comumente considerada), uma vez que, se não nos equivocamos a respeito das experiências científicas realizadas sobre esse ponto, a “clonagem humana” é um projeto que ainda não obteve sucesso.

Ademais, deve-se levar em conta a avaliação negativa expressa constantemente pelas ordenações jurídicas que se interessaram pelo problema, e que, de modo geral, têm manifestado o caráter ilícito que teria a efetivação de tal procedimento para a reprodução humana. Atitude negativa que corresponde de forma imediata à posição análoga dos que, no campo da bioética, ocupam-se com o tema, mantendo uma atitude coincidente com a avaliação jurídica negativa.

São muitos os documentos que, adotados em consequência da grande preocupação sentida em todo o mundo com a experiência da ovelha Dolly, chegam a uma *condamnation véhémente* da idéia. Limito-me aqui a registrar os mais significativos:

Em escala mundial, a Resolução da Organização Mundial de Saúde, de 14 de maio de 1997, assim como a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 3 de dezembro de 1997, no art. 11.

Em nível europeu, o Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano com Respeito à Aplicação da Biologia e da Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997); a Diretriz n. 98/44/CE sobre a Proteção Jurídica das Invenções Biológicas (6 de julho de 1998, art. 6º, § 2º, a); a Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de setembro de 2000; e sobretudo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (7/9 de dezembro de 2000, art. 3º).

Em nível nacional, a *Réponse au Président de la République au Sujet du Clonage Reproductif* (adotada na França em 22 de abril de 1997), o Relatório da *National Bioethics Advisory Commission* dos Estados Unidos da América, com a resposta do Presidente Clinton, de 9 de junho de 1997, sobre o *Cloning Prohibition Act*; e, finalmente, o Parecer da Comissão Nacional para a Bioética, da Itália, no documento “A Clonagem como Problema Bioético”, seguido recentemente da Declaração sobre a Possibilidade de Patentear Células Humanas de Origem Embrionária, de 25 de fevereiro de 2000.

A despeito dessas tomadas de posição, o jurista continua a ter ampla margem para reflexão, já que, afastado o véu da aparente solidez dessas respostas, é fácil entender que a atual ausência, no plano da biotecnologia, de sucessos experimentais na formação de clones humanos não nos autoriza a excluir a consideração de uma variedade de cenários futuros.

Do ponto de vista das ordenações jurídicas, é preciso considerar, portanto, que, sob um exame mais atento, a já mencionada avaliação negativa do instituto da clonagem humana não corresponde ao caráter unívoco da sua motivação.

\* Conferência proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas*. Tradução de Sérgio Bath.

Com efeito, se nos documentos europeus a proibição se destina a evitar o perigo de "instrumentalização dos seres humanos", praticando-se com a clonagem uma *intolérable chosification de la personne*, ou seja, uma "reificação intolerável da pessoa", ou um "atentado contra a unicidade biológica do sujeito humano", os documentos norteamericanos precisam que a observação só é válida *at this time* (conforme o *Cloning Prohibition Act*, de 9 de junho de 1997), embora afirmem que essa prática genética não é moralmente aceitável. A razão é que as técnicas utilizadas ainda não foram aperfeiçoadas e implicam um problema de segurança no seu emprego.

Não se trata, assim, de uma proibição categórica; o que está em debate é não tanto a essência da clonagem reprodutiva, mas a sua forma e oportunidade. O que reflete, aliás, a diversidade dos sistemas jurídicos assim como a dos princípios constitucionais que os inspiram.

Certamente não é possível condenar em princípio a clonagem reprodutiva quando o sistema jurídico tem por objetivo essencial a liberdade individual vista não como valor moral, mas como "a própria condição da moral", a ponto de reconhecer o princípio da "liberdade reprodutiva", que implica uma escolha estritamente pessoal em matéria de reprodução, fazendo com que a tutela eventual do nascituro dependa das metas que a sociedade pretenda adotar (Busnelli).

Coisa diversa acontece nos sistemas jurídicos que, mesmo no Ocidente, originam-se em experiências diferentes daquelas dos principais sistemas europeus (entre eles, primordialmente, o italiano), nos quais o objetivo fundamental é a tutela da dignidade do ser humano, estendida também ao nascituro; sistemas que pareceriam excluir uma liberdade reprodutiva inalienável, assim como excluem a inalienável liberdade de abortar.

### 3 A IMPORTÂNCIA DO QUADRO CONSTITUCIONAL DE REFERÊNCIA: AS CONSTITUIÇÕES INSPIRADAS NOS VALORES DA PESSOA

Tudo isso demonstra, pois, não só a utilidade da indagação a respeito do tema como também a importância de definir o quadro jurídico dentro do qual se deve avaliar um fenômeno como o da clonagem reprodutiva, que nos leva à mesma problemática das raízes da existência humana.

Ao buscarmos os princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos,

(...) não é possível condenar em princípio a clonagem reprodutiva quando o sistema jurídico tem por objetivo essencial a liberdade individual vista não como valor moral, mas como "a própria condição da moral", a ponto de reconhecer o princípio da "liberdade reprodutiva", que implica uma escolha estritamente pessoal em matéria de reprodução (...)

cos, o primeiro elemento a considerar é representado pelas características das constituições modernas, as quais, fruto das democracias pluralistas, apresentam-se normalmente como "constituições de valores", diferentemente das "constituições processualistas" de caráter liberal.

Como já se observou justamente (Baldassarre), as constituições modernas consideram os direitos fundamentais não mais como simples "princípios políticos", ou meros limites impostos ao poder público, mas o fundamento de legitimação do próprio poder e do ordenamento jurídico amplo: são Cartas de Direitos, *Bills of Rights*.

Portanto, um fundamento orientado para determinadas opções de valores, as quais, representando a escolha da liberdade e do pluralismo social, conduzem ao reconhecimento da legitimidade de certas condutas sociais.

Desse modo, as constituições das democracias pluralistas assumiram a função que em épocas anteriores pertencia ao direito natural, representando assim um "direito natural secularizado", ou seja, um "direito natural" que, embora privado da sua origem

transcendente, permanece idêntico a si mesmo no que concerne ao seu conteúdo de valor.

Assim, os valores de referência contidos nas constituições representam não só elementos em função dos quais uma comunidade decide organizar juridicamente sua vida social, mas também os fatores de integração e de compartilhamento da cidadania comum e, portanto, os parâmetros finais da legitimidade dos comportamentos públicos e privados.

Mas o conceito de "constituições de valores" tem outro significado mais fecundo: elas são constituições que manifestam "uma hierarquia de valores de caráter substancialmente ético", que se refletem na ordem, juridicamente prescritiva, imposta aos bens de relevância ética objetiva (como a liberdade individual, a igualdade, a solidariedade, a justiça social etc.).

É preciso medir com esses valores, e de acordo com a ordem normativa de referência, a legitimidade de qualquer atividade pública ou privada, incluindo, portanto, a legitimidade dos procedimentos da biomedicina.

### 4 OS VÁRIOS TIPOS DE ABORDAGEM DA BIOTECNOLOGIA E A SUA COMPATIBILIDADE COM OS VALORES INSERIDOS NAS CONSTITUIÇÕES

Por esta razão, o tratamento do tema que abordamos não pode ignorar a grande importância que assume a tutela da pessoa nas várias constituições de boa parte da Europa (e da Itália).

Conforme evidencia a doutrina (Baldassarre), são três as tipologias de abordagem geral da biotecnologia que convergem nesse objetivo de tutela: a economicista, a utilitarista e a individualista.

Não se poderia atribuir legitimidade a um parâmetro fundado no princípio do custo-benefício social, segundo o qual a atividade biotecnológica seria admissível desde que provocasse um aumento dos benefícios sociais, com a redução dos custos respectivos (por exemplo, no caso da prática do aborto em massa para resolver em certas regiões o problema do incremento demográfico contínuo).

O critério utilitarista ou cientificista contrasta com a própria lógica dos valores constitucionais, pois o conteúdo de tais valores deveria mudar com o progresso das técnicas da biomedicina; mutabilidade que, contradizendo o princípio das constitui-

ções escritas, provocaria uma enorme incerteza justamente nos valores mais importantes e essenciais para a vida da comunidade.

A situação não seria diferente com relação à abordagem individualista, que assume como parâmetro de legitimidade o princípio da liberdade, ou seja, a autodeterminação individual, e portanto, as simples opções de valores feitas pelo indivíduo. O que não deixa de contrastar com o caráter de objetividade de que se revestem as hierarquias de valores expressas pelas normas constitucionais acima mencionadas. Hierarquias de valores que levam as constituições – que adotam como ponto de referência a pessoa – a resolver o conflito inevitável entre os interesses do clonante e os do clonado, mediante um equilíbrio do qual não pode deixar de resultar a prevalência das razões do clonado diante da fragilidade das razões do clonante.

#### 5 AVALIAÇÃO DOS INTERESSES CONTRASTANTES À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BASEADAS EM VALORES

De acordo com a doutrina (Stammati), a prova disso está na própria essência dos interesses daquele que solicita a clonagem: avaliados em si mesmos, poderiam parecer até mesmo irrelevantes no plano jurídico-constitucional, se não se manifestassem de modo contrário aos interesses do clonado, impondo-lhe um sacrifício definitivo, como demonstra o exame das várias hipóteses que podem ser formuladas a esse respeito.

A primeira, e menos realista, é a da pessoa física que pede a clonagem para si mesma (o direito à onipotência), para eternizar-se, satisfazendo assim uma espécie de megalomania pessoal. É evidente que, com isso, determina-se o abuso mais consistente dos interesses do clonado, que precisaria repetir na sua própria existência o valor e os atos do seu criador.

A segunda hipótese, menos irrealista e talvez a mais sugestiva, é a da pessoa física que solicita a clonagem de outro indivíduo (o direito ao consolo), procurando assim satisfazer o desejo de não perder definitivamente a pessoa amada. Embora sem conotações egoístas, pelo fato de constituir instrumento regulador dos destinos de duas pessoas, esse interesse manifesta também um elemento de prevaricação com respeito ao clonado.

Por fim, a terceira hipótese é a de uma instituição que pretendesse clonar uma pessoa (o poder de glorifi-

cação) para satisfazer a exigência de perpetuar personagem simbólica, que tivesse dominado o seu tempo pela inteligência, beleza, autoridade moral ou política.

Este interesse assume, mais do que nas outras hipóteses, conotações de eugenia e, no fundo, de idolatria, que se somam a um elemento intrinsecamente discriminatório (a clonagem reservada aos grandes homens), o qual representa a sua característica mais evidente (Stammati).

Mesmo nos seus diferentes significados, conforme se coloquem em uma perspectiva de clonagem “egoísta” ou “altruísta”, nenhum desses interesses parece merecer consideração pelos ordenamentos inspirados na tutela da pessoa no confronto com os interesses e os direitos do hipotético clonado: direitos representados pela tutela da igual dignidade de todos os homens, mediante a proteção da identidade de cada um e da garantia da sua liberdade física e moral (de consciência, pensamento etc.). Nesse sentido, lembraria as razões que podemos deduzir até mesmo dos instrumentos internacionais acima mencionados, que vão desde o direito à identidade genética de cada homem, especialmente no sentido importante de direito à diversidade genética, até o direito ao respeito da sua dignidade moral, mesmo sob o aspecto de direito à ignorância a respeito do futuro; e ainda, o direito de cada um de não ser discriminado geneticamente, de não ser submetido a práticas de seleção genética etc.

#### 6 OS INTERESSES RELEVANTES À LUZ DOS ENUNCIADOS DA CONSTITUIÇÃO ITALIANA: IDENTIDADE-DIVERSIDADE FÍSICA E IDENTIDADE SIMBÓLICA DO CLONADO

Trata-se, agora, de ver em que medida a afirmação de direitos tão solenes como os aqui evocados pode ser corroborada por normas a serem deduzidas da Constituição italiana que, com o seu catálogo de direitos fundamentais, pode ser considerada paradigmática das constituições inspiradas no homem e na tutela do conjunto dos valores de que ele é titular.

A este respeito, gostaria de mencionar duas conotações que exprimem a essência dessa Constituição:

1) A centralidade da pessoa humana, em uma ótica de garantia e promoção.

2) A matriz cultural dessa concepção, que corresponde às correntes

de pensamento infiltradas na Carta italiana; entre estas, em particular, o pensamento católico democrático revivido na consciência política italiana entre as duas guerras, a partir das propostas do personalismo de Mounier e de Maritain.

O princípio personalista é ao mesmo tempo antiindividualista e antioletivista, baseado no conceito universal e abstrato de pessoa humana como sujeito investido, pela sua própria natureza, do valor (objetivo e independente) da dignidade humana.

Na sua elaboração mais madura, esta linha de pensamento afirma, de um lado, o valor intrínseco da pessoa, anterior ao Estado; de outro, considera o indivíduo como expressão de uma “unidade social” original (Maritain), postulando uma interação profunda do homem com a comunidade, em cujo âmbito – e especialmente no âmbito das formações sociais em que se articula a própria comunidade – ele recebe as mais amplas garantias de proteção para realizar-se como pessoa.

É uma concepção que se destaca, portanto, da visão individualista da existência, típica do liberalismo clássico, uma vez que só alcança o seu sentido mais profundo a partir da relação interpessoal, terminando, mediante a recuperação dos valores espirituais, por resolver-se na comunidade. Comunidade que, conforme Mounier, *é uma pessoa nova que une as pessoas através do coração delas mesmas*.

#### 6.1 A IDENTIDADE-DIVERSIDADE FÍSICA E A IDENTIDADE-DIVERSIDADE NAS RELAÇÕES ÉTICO-SOCIAIS

Sob o impulso dessa inspiração, o primeiro problema diz respeito à incidência da clonagem humana sobre o que podemos chamar de “identidade do clonado”, abrangendo, com essa expressão, não só a sua identidade-diversidade física, mas as outras identidades do indivíduo, ou seja, as que atingem o plano das relações ético-sociais. Em outras palavras, aquelas identidades que alguns chamam de “simbólicas” (moral, científica, política), nas quais as identidades físicas estão destinadas a confluir.

A jurisprudência constitucional definiu a identidade pessoal como *o direito de ser si mesmo, entendido como respeito à imagem de participante da vida associada, com as aquisições de idéias e experiências, as convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam e ao mesmo tempo qualificam o indivíduo*. O fundamento

da tutela é o art. 2º da Constituição italiana, o qual afirma que *a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem*, e, desse modo, proclama, como adverte a jurisprudência constitucional, *aqueles direitos que formam o patrimônio irretroatável do ser humano*, e que pertencem *ao homem entendido como ser livre*. Direitos que são especificados nos diferentes artigos da mesma Constituição.

Conforme observado na doutrina, o art. 2º é regido pela tensão de dois opostos: a singularidade-diversidade de todas as pessoas e a atribuição generalizada a todas elas, singularmente, da titularidade dos direitos sem os quais o conceito constitucional de homem não seria sequer identificável.

À luz desta disposição, a doutrina pôde discernir na clonagem reprodutiva o desconhecimento de uma expectativa fundamental, tutelada pelo art. 2º, qual seja, a expectativa de um patrimônio genético de dupla derivação; em suma, o patrimônio genético que é transmitido normalmente ao indivíduo pelos seus genitores naturais, como também, em hipóteses distintas, pelos seus genitores sociais ou jurídicos.

Como se pode intuir, a base desse raciocínio consiste em três passagens lógicas: a primeira, no sentido de que o catálogo dos direitos seja atualizado com base nas novas perspectivas impostas pela realidade contemporânea; a segunda, no sentido de que a identidade genética concretize a essência mais íntima da identidade-diversidade física; e a terceira, no sentido de que a diversidade genética, na perspectiva da clonagem, tenda a assumir um aspecto potencialmente dissociável da estrutura física do sujeito, na qual até aqui se resolvia, transformando-se de mero pressuposto dos direitos invioláveis em objeto, ela própria, de uma reivindicação jurídica radical.

Assim, a circunstância de que um tal direito não possa ser reclamado pelo seu titular – o clonado hipotético – a não ser depois da sua violação, deveria servir apenas para fazer avaliar melhor a importância de uma medida preventiva.

Portanto, o tema da identidade pessoal se presta a ser considerado sob um outro aspecto, qual seja o da identidade-diversidade no plano das relações ético-sociais (identidade simbólica), que permanece tutelada no plano constitucional, tanto nas manifestações de cada um, construída autônoma e progressivamente – instrumento

A clonagem reprodutiva termina assim, colocando-se como ponto de surgimento de um contraste entre visões éticas que refletem princípios básicos dos diferentes ordenamentos jurídicos, obrigando-nos a indagar sobre os modos de compor a diversidade em um tema que, com relação ao homem, transpõe as fronteiras dos Estados e os limites das ordens jurídicas.

de desenvolvimento da sua personalidade – como nas manifestações formais, imediatas, atribuídas ao ambiente e aos relacionamentos externos; manifestações que, conforme se depreende do art. 22 da Constituição, estão relacionadas com a capacidade jurídica, a cidadania e o nome. A propósito do nome, lembraria que ele foi definido pela jurisprudência constitucional como o primeiro elemento, mais imediato, a caracterizar a identidade pessoal.

Em conclusão, admitida a premissa de que o substrato material da identidade simbólica é a identidade-diversidade física, consubstanciada por sua vez na identidade genética, não teria coerência uma ordem jurídica que reconhecesse as garantias mais robustas dadas ao direito de todos a cada uma das suas várias identidades simbólicas (pessoais, coletivas, políticas) e que ao mesmo tempo deixasse de garantir o substrato inicial dessas identidades, ou seja, o direito de cada um à integridade, quer dizer, à dupla derivação, do seu patrimônio genético.

## 6.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Sob outro ponto de vista já se observou também que, se é certo que a individualidade-diversidade repre-

senta o pressuposto da identificação de cada pessoa, uma individualidade-diversidade “débil”, como a atribuída à pessoa clonada, terminaria por representar igualmente uma anulação injustificável do princípio que determina a igualdade de tratamento dos indivíduos.

Vale lembrar, a propósito, que, segundo a Constituição italiana (art. 3º, item 1º), *todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais*.

Essa disposição constitucional sempre foi entendida pela jurisprudência de duas formas, conforme se acentue as diferenças de natureza física entre as pessoas ou as diferenças ideológicas e sociológicas. De um lado entende-se que está orientada para impedir que diferenças físicas possam provocar tratamentos jurídicos discriminatórios; de outro, com relação às diferenças ideológicas e sociológicas, tem-se considerado que reflete a exigência de preservar e estimular tais diferenças, como manifestações de desejável pluralismo.

A perspectiva da clonagem humana parece assim sugerir esta segunda interpretação também com respeito à diversidade genética, não só excluindo qualquer discriminação, mas protegendo e tutelando, no sentido positivo, este dado natural: a diferença. De forma definitiva, a diversidade genética, vista à luz do princípio da igualdade, torna-se, agora, uma diversidade mais a proteger, em sentido amplo, com respeito ao universo de todos os homens.

## 6.3 LIBERDADE FÍSICA E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A pretensão de qualquer pessoa de dar vida a um filho gerado institucionalmente de um único progenitor, desrespeitando portanto seu “direito inviolável” de receber o patrimônio genético de dois progenitores, poderia ser definida também como violação da liberdade pessoal, conforme o art. 13 da Constituição, dada a intervenção realizada no corpo do indivíduo, sem a participação da sua vontade.

Como escolha dirigida deliberadamente para evitar a unicidade genética de outra pessoa, a atividade da clonagem humana poderia, além disso, ser vista, conforme a doutrina, como violação da liberdade interior, pela influência psicológica que poderia ter sobre o clonado, refletindo-se, de modo imprevisível na realização das suas

opções, mesmo as interiores, mais fundamentais. Isso, com evidentes implicações negativas relacionadas com aqueles artigos que na Constituição italiana (e não só nela) garantem a liberdade de manifestação do pensamento e, de modo mais amplo, a liberdade de consciência (arts. 19 e 21).

Com relação à liberdade de consciência, a Corte Constitucional italiana considera que os direitos invioláveis do homem, reconhecidos pelo mencionado art. 2º, não podem ter uma garantia efetiva sem que se estabeleça *uma proteção constitucional correlata* da consciência individual, entendida como *o reflexo jurídico mais profundo da idéia universal da dignidade da pessoa humana*, ou como *a relação íntima e privilegiada do homem consigo mesmo*, que constitui *a base espiritual-cultural e o fundamento de valor ético-jurídico* dos próprios direitos invioláveis (Sentença n. 467/1991).

Muitos têm invocado também um *direito à ignorância sobre o desenvolvimento futuro da própria vida* (Stammati), como direito fundamental de autodeterminação positiva, ou, como escreveu Jonas, *um direito evidente de não saber, implícito na existência, que é negado a quem fosse obrigado a saber-se cópia de um outro*.

#### 6.4 OS DIREITOS DA FAMÍLIA

Por fim, em uma perspectiva mais ampla de âmbito social, é verossímil que a clonagem reprodutiva possa exprimir um contraste radical com os princípios constitucionais sobre o reconhecimento e a garantia dos *direitos da família como sociedade natural baseada no matrimônio* (art. 29 da Constituição), sobre a tutela dos filhos nascidos fora do casamento (art. 30), assim como sobre a proteção da maternidade (art. 31).

Com base no conjunto dos arts. 29-31 da Constituição, poder-se-ia configurar um "direito à procriação" como típico "direito da família", o qual, implicando a procriação dentro da família como arquétipo do seu gênero, comportaria a legitimidade constitucional exclusiva da procriação gâmica (Baldassarre).

#### 7 A EXPERIÊNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA

Neste ponto, não pode faltar uma referência às tendências das normas prevaletentes na Europa, para evidenciar as suas eventuais concordâncias com os princípios indicados.

Embora um dos temas atualmente debatidos seja a dúvida sobre

se a Europa tem uma Constituição, há em todo caso uma convicção amplamente difundida do primado do Direito comunitário que testemunha a existência de uma lei "superior" europeia. Ao que se acrescenta, hoje, a Carta dos Direitos Fundamentais proclamada em Nice, em dezembro de 2000, afirma uma série de princípios, registrando uma convergência entre todos os Estados-membros, o que permite compor um quadro unitário que representa um denominador comum, embora as normas nacionais apresentem também aspectos de diversidade.

No âmbito dessa Carta são considerados três princípios fundamentais, vinculados por uma implicação lógica: o art. 1º, segundo o qual *a dignidade humana é inviolável*; o art. 2º, segundo o qual *todo indivíduo tem direito à vida*; e o art. 3º, pelo qual *todo indivíduo tem direito à sua integridade*.

Deixando de lado a questão do valor jurídico da Carta, a importância das disposições mencionadas está no fato de que delas emerge o conteúdo mínimo e compartilhado de Direito natural que está presente na ordenação jurídica de todos os Estados-membros, constituindo *um código de valores incontroverso porque já existente na ordenação jurídica comunitária* (R. Bifulco), inserido nas constituições singulares.

Um corolário dos princípios acima mencionados é a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos, determinada pelo art. 3º; proibição que, como concretização tangível do princípio da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1º da Carta), representa também uma expressão paradigmática desse "conteúdo mínimo de Direito natural" que está presente nos vários ordenamentos nacionais e, conforme a perspectiva já evidenciada, comparece também na Constituição italiana.

Para um quadro mais completo, vale a pena assinalar que, como resultado dos trabalhos preparatórios da Carta, o seu art. 3º retoma enunciados da Convenção de Oviedo, de 4 de abril de 1997, e do respectivo Protocolo adicional. Textos que lembramos aqui sobretudo pela motivação aos princípios neles codificados.

Quanto ao primeiro documento, lembraria a afirmativa, contida no seu preâmbulo, que sustenta "a necessidade" de respeitar o ser humano seja como indivíduo, seja como membro da espécie humana, assim como a importância de garantir a sua dignidade, tomando conhecimento *dos atos que poderiam por em perigo a dignidade hu-*

*mana mediante uma utilização imprópria da biologia e da medicina*.

Com relação ao Protocolo adicional, há um ponto que merece ser assinalado de forma particular: o que afirma que enquanto *a cisão do embrião pode ocorrer naturalmente, dando lugar às vezes ao nascimento de gêmeos geneticamente idênticos (...)* a *instrumentalização do ser humano mediante a criação deliberada de seres humanos geneticamente idênticos é contrária à dignidade do homem e constitui um uso impróprio da biologia e da medicina*.

Essa passagem do Protocolo adicional permite testar a validade de uma hipótese não carente de sugestões, levantada por vezes no debate sobre o tema da clonagem, especialmente pelos que propõem assimilar o fenômeno aqui examinado a outros que, pelo menos na aparência, pareceriam apresentar os mesmos efeitos (como no caso dos gêmeos unizigóticos), e que devido a essa correlação poderiam ter um conteúdo potencial de justificação ética e social.

O exemplo, contudo, não parece pertinente, pois a identidade genética entre os gêmeos desse tipo é resultado de um processo casual, depois da fecundação sexuada, e de qualquer forma, diz respeito a irmãos possuidores de um patrimônio genético variado, derivado dos dois progenitores, e não do patrimônio genético de só um deles.

Assim, estamos diante de um fenômeno natural, sem qualquer significado especial na perspectiva da presente análise, que tem como foco a clonagem reprodutiva direta, que assume um sentido específico por ser atividade humana orientada deliberadamente para um certo resultado: replicar um determinado indivíduo.

#### 8 CONCLUSÕES

A avaliação geralmente negativa do fenômeno da clonagem reprodutiva que encontramos nas fontes e nos documentos de âmbito europeu não nos pode levar à ignorância de outros pontos de vista, quando a atenção focaliza um cenário mundial mais amplo, o que mostra o encontro, nesse terreno, de duas concepções distintas: de um lado, os que colocam no centro do seu pensamento a pessoa humana, vista como um valor em si mesma; de outro, aqueles que, inspirados no individualismo, consideram a clonagem reprodutiva um exercício de liberdade merecedor da mesma proteção que recebe a opção procriativa.

A clonagem reprodutiva termina assim, colocando-se como ponto de surgimento de um contraste entre visões éticas que refletem princípios básicos dos diferentes ordenamentos jurídicos, obrigando-nos a indagar sobre os modos de compor a diversidade em um tema que, com relação ao homem, transpõe as fronteiras dos Estados e os limites das ordens jurídicas.

Nos séculos passados, os homens tinham cultivado o modelo mental do *jus naturalis*: o que a natureza ensina a todos os seres animais – *omnia animalia docuit* – ou, em termos mais refinados, o que está implícito no coração de todos os homens.

Tal esquema permitia subtrair de qualquer legislador a disponibilidade de certas regras e de algumas matérias, com base no pressuposto de que *jura naturalia sunt immutabilia*. Isso funcionou durante muito tempo, com a premissa implícita de um acordo sobre o que se podia entender por “natural”.

Hoje não temos mais condições de aceitar implicitamente um acordo nem mesmo sobre esse ponto, pois aperfeiçoamos os instrumentos de percepção da realidade, complicando-a. Melhor dito, percebendo plenamente a sua complexidade.

De acordo com a perspectiva minimalista proposta por alguns (Busnelli), a distância entre essas diferentes posições poderia ser reduzida acentuando-se três princípios estreitamente interligados:

O princípio de avaliação do risco em comparação com os benefícios, especialmente à luz da tese de que não temos ainda garantias suficientes de que os filhos produzidos por clonagem não estejam sujeitos a defeitos importantes;

O princípio da precaução na administração da “incerteza científica”;

O princípio do bem-estar da criança que pode nascer em consequência do procedimento, corrigindo assim, em uma aplicação concreta, a liberdade de pesquisa.

Trata-se, porém, de propostas que não conseguem certamente evitar o tema principal: um assunto que nos transporta ao debate que há algum tempo se vai desenvolvendo sobre a ética, entre a concepção tradicional que a vê como sistema de valores absolutos, universalmente compartilhados, e a visão oposta, que articula uma multiplicidade de opções morais singulares, levando à conclusão de que aos homens não restaria senão o caminho do acordo. Mesmo se quiséssemos seguir esta segunda perspectiva, a ti-

tulo meramente hipotético, é evidente que o acordo pressupõe o diálogo; o que, no entanto, só é possível entre pessoas que se reconhecem como tais na sua dignidade e no seu valor. Sobre este ponto, que devemos dizer aos pesquisadores? Embora a pesquisa não contenha qualquer garantia do seu caráter ético, é preciso considerar que, como já se escreveu, com bastante autoridade, *o caráter intrinsecamente ético da pesquisa reside nisto: o pesquisador pressupõe que o mundo que ele descobre tem um sentido e, portanto, ele tem o dever (...) de custodiar este sentido na construção contínua do novo* (F. D’Agostino).

Quanto aos juristas, a hipótese de trabalho que se abre para eles é tentar reconstruir o ordenamento das leis a partir, antes mesmo da norma fundamental da doutrina de Kelsen, da própria pessoa humana, na sua unicidade irreproduzível, com os valores que ela contém – acima de tudo a dignidade e o direito à vida que constituem o princípio e o fundamento da convivência humana.

## ABSTRACT

The author analyzes, juridically, the theme related to the reproductive cloning, differentiating it from the therapeutic one.

He asserts that the modern Constitutions, especially the Italian one, have as fundamental objective the guardianship of the human being’s dignity, also extensive to the unborn child.

He approaches the biotechnological aspect as well as its compatibility with the values inserted in the European Constitutions. In this opportunity, he evaluates the contrasting interests in the light of the constitutions based on the so-called “values”. He takes into account that the theme inherent to the reproductive cloning arises the development of debates involving its ethical aspect, starting from its traditional conception.

Finally, he believes that is within jurists’ scope to try to reconstitute the legal system, before the fundamental rule diffused by Kelsen’s doctrine, and to have as a priority the observance of the essential principles, such as: the human being’s dignity and the right to life, indispensable elements to the human sociability.

KEYWORDS – Reproductive human cloning; Italian Constitution; biotechnology; Kelsen; genetic patrimony.

Massimo Vari é Vice-Presidente da Corte Constitucional Italiana.