

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

CLONAGEM HUMANA, BIODIREITO E DIREITO INTERNACIONAL:
um estudo sobre o uso reprodutivo da clonagem humana.

Adélia Procópio Camilo

Belo Horizonte
2007

Adélia Procópio Camilo

**CLONAGEM HUMANA, BIODIREITO E DIREITO INTERNACIONAL:
um estudo sobre o uso reprodutivo da clonagem humana.**

Dissertação apresentada para o Curso de Mestrado em Direito Internacional pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Co-Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima

Belo Horizonte

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

C183c Camilo, Adélia Procópio
Clonagem humana, biodireito e direito internacional: um estudo sobre o uso reprodutivo da clonagem humana / Adélia Procópio
Camilo. Belo Horizonte, 2007.
130f.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva
Co-orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
Bibliografia

1. Clonagem humana. 2. Direito e biologia. 3. Direito internacional. 4. Bioética. I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. II. Lima, Taisa Maria Macena de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 347.121:341

Adélia Procópio Camilo

Clonagem Humana, Biodireito e Direito Internacional: um estudo sobre o uso reprodutivo da clonagem humana.

Dissertação apresentada para a conclusão do curso de mestrado acadêmico em Direito Internacional, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (Orientador) - PUC Minas

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima (Co-orientadora) - PUC Minas

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares -PUC Minas

Prof. Dr. Rosangelo Rodrigues de Miranda (FADIVALE)

À minha mãe, Rosa Ormy, por todo amor, incentivo e por sempre acreditar em mim, ao meu pai, Vicente, pelo exemplo de força, determinação e amor pela vida e à minha irmã, Isabela, pela amizade e exemplo de coragem para enfrentar o desconhecido.

Agradecimentos

Ao Canêdo, pela ajuda e por ter aceitado me orientar em um tema tão inusitado.

À Taisa, meu eterno exemplo, por me dar a honra de tê-la como co-orientadora.

Ao Thiago Quadros, pessoa maravilhosa e inigualável, que me acompanhará por toda a vida.

Aos meus amigos do mestrado e todos os membros do Programa de Pós-Graduação da PUC, pela agradável convivência.

A todos aqueles que acreditaram em mim e fizeram parte dessa caminhada.

À Roziane, pela atenção e disposição, essenciais à finalização deste trabalho.

O Novo Homem

O homem será feito em laboratório [...].
Sua independência é total: sem marca
de família, vence / a lei do patriarca.
Liberto da herança / de sangue ou de afeto,
desconhece a aliança / de avô com seu neto.
Pai: macromolécula / mãe: tubo de ensaio
e, per omnia secula / livre, papagaio,
sem memória e sexo / feliz, por que não?
pois rompeu o nexa / da velha Criação,
eis que o homem feito / em laboratório
sem qualquer defeito / como no antigório,
acabou com o Homem.
Bem feito. (DRUMMOND, Carlos Drummond de)

RESUMO

Diante de todo o desenvolvimento cultural, científico e social, observamos a necessidade de regulamentar as técnicas científicas de interferência na saúde e no corpo humano. O papel dos juristas é o de adequarem essas crescentes descobertas e estudos ao ordenamento jurídico, garantindo o princípio norteador do direito atual, qual seja, a dignidade humana. Dessa forma, constataremos que é indispensável pensar a dignidade do ser humano como objetivo central a ser atingido pelo progresso e garantido pelo Estado. Por isso, com base no Biodireito/Bioética, somando-se à Constituição Federal de 1988 e às Normas Internacionais, sobretudo as contidas nas Declarações Universais de Direitos Humanos e na Declaração Universal do Genoma Humano, trataremos da clonagem humana e de alguns princípios que fornecem as diretrizes ao estudo dos fenômenos científicos, bem como as suas repercussões no âmbito jurídico. Assim, é demonstrado nesse trabalho, que no campo da clonagem humana a garantia da dignidade do ser humano é resguardada nos limites e normas, que se baseiam essencialmente nos princípios da liberdade, igualdade, informação, entre outros, e nas normas internacionais de direitos humanos. Reconhecemos a inequívoca contribuição da ciência, no campo da clonagem e genética, para a ampliação do conhecimento e melhoramento da vida. Suas descobertas têm concorrido para o prolongamento e melhora da qualidade de vida dos seres humanos, todavia, convém esclarecermos que paralelamente aos enormes benefícios que a ciência proporciona, ela também potencializa os riscos, e cabe à sociedade impor limites éticos e morais, no sentido de zelar pelo aprimoramento da vida e assegurar as condições da dignidade humana.

Palavras-chave: Clonagem Humana, Direito Internacional, Bioética, Biodireito.

ABSTRACT

It is necessary to regulate interference techniques in health and in human body in face of all cultural, scientific, and social development. Jurists are expected to adjust to the growing number of discoveries and research to the juridical order, thus observing the general principles of current Law, that is, human dignity. Accordingly, we come to the conclusion that it is crucial to consider the dignity of human beings as the main objective to be reached by progress and to be guaranteed by the State. For that reason, this paper deals with some guideline principles to the study of cloning humans, the scientific phenomena and also their juridical repercussions in the juridical area, based on Bio Law / Bioethics, the 1998 Constitution and on International Norms, with emphasis on those related to Universal Declarations of Human Rights and Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. It is our objective to demonstrate that in the field of cloning humans, human dignity must be respected, through the observation of limits and regulations based essentially on the constitutional principles of freedom, equality, and information and on international norms of human rights. We do acknowledge the infallible contribution of science to cloning and genetics, to the improvement of knowledge and to people's well-being. It is unquestionable that those discoveries have helped to increase life span with quality. However, it is important to understand that, together with all the benefits brought by science, it also creates risks and it is up to society to set ethical limits towards life quality and human dignity.

Key-words: Cloning Humans, International Law, Bioethics, Biology and law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADN /DNA- Ácido desoxirribonucléico

ARN/RNA- Ácido ribonucléico

Art.- Artigo.

CIBio - Comissão Interna de Biossegurança

CNBS - Conselho Nacional de Biossegurança

CTNBio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança

CTN - Código Tributário Nacional

CF/88 - Constituição Federal de 1988

DIP - Direito Internacional Público

EC - Emenda Constitucional

EUA - Estados Unidos da América

OGM - Organismo Geneticamente Modificado

OMS - Organização Mundial de Saúde

ONU - Organização das Nações Unidas

PNB - Política Nacional de Biossegurança

RE - Recurso Extraordinário

Resp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 HISTÓRICO E FUNCIONAMENTO TÉCNICO DA CLONAGEM REPRODUTIVA	15
2.1 Histórico.....	15
2.2 Clonagem: Precisoões Conceituais.....	20
2.3 Funcionamento Técnico da Clonagem Reprodutiva.....	22
2.4 Algumas Reflexões	26
3 DISTINÇÃO ENTRE MORAL, ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO	30
4 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO	35
4.1 Princípios e Regras.....	35
4.2 Princípios da Bioética.....	37
4.2.1 Princípio da Autonomia	37
4.2.2 Princípios da Beneficência e Não-Maleficência:.....	38
4.2.3 Princípio da Justiça	39
4.3 Princípios do Biodireito	40
4.3.1 Princípio do Consentimento Informado	42
4.3.2 Consentimento Informado e Experimentações com seres humanos	44
4.3.3 Princípio do não aviltamento do corpo humano	48
4.3.4 Princípio da não Patenteabilidade do conhecimento sobre experimentação com o corpo humano	49
4.3.5 Princípio da Responsabilidade por Prática Biomédica	50
5 TRATADOS INTERNACIONAIS.....	53
5.1 Definição	53
5.2 Recepção dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	54
5.3 Tratado Internacional e Norma Interna.....	57
5.3.1 Teoria Dualista	57
5.3.2 Teoria Monista.....	59
5.4 Noções sobre Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	61
5.5 Tratados Internacionais e Ordenamento Jurídico Pátrio.....	63
5.5.1 O alcance do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988	70
5.5.2 Posição jurisprudencial : hierarquia dos tratados e conflito entre estes e a lei interna (antes do advento da Emenda Constitucional 45/04).....	71
5.5.3 Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e Emenda Constitucional 45/04	75
6 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM NO PLANO INTERNACIONAL	80
6.1 Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos	81
6.2 Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a	

Biomedicina	83
6.3 Declaração Ibero-Latino Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo).....	84
6.4 Organizações Internacionais.....	86
6.4.1 Organização das Nações Unidas (ONU) X Clonagem Humana.....	87
6.5 Visão Geral sobre a Regulamentação da Clonagem em Outros Países.....	89
7 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM NO PLANO INTERNO.....	94
7.1 Lei de Biossegurança (11.105/2005).....	95
7.2 Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos (CTNBio).....	98
7.3 Código de Ética Médica e Conselho Federal de Medicina.....	99
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS.....	105
ANEXOS	116
ANEXO A - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.....	117
ANEXO B - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO GENOMA HUMANO E DOS DIREITOS HUMANOS (1997).....	122
ANEXO C - DECLARAÇÃO IBERO-LATINO-AMERICANA SOBRE ÉTICA E GENÉTICA.....	127

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da clonagem humana reprodutiva, dentro da sociedade internacional e do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da evolução da ciência e da tecnologia, a vida começou a ser analisada sob um novo enfoque. O seu começo, meio e fim ganharam técnicas de aperfeiçoamento. As crescentes descobertas científicas tornaram o mistério da vida mais decifrável.

A experimentação com o corpo humano, há muito tempo, é um tema que divide opiniões, seja de cientistas, leigos, instituições religiosas ou governantes de toda a sociedade internacional.

Diante de tamanho desenvolvimento científico, cultural, tecnológico e social, observa-se a necessidade de regulamentação das técnicas científicas de interferência na saúde e no corpo humano. Isto demanda trabalho de estudiosos do Direito que, para adequarem as crescentes e inúmeras descobertas e estudos ao ordenamento jurídico, deverão sempre garantir a prevalência do princípio norteador do direito atual, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Toda essa polêmica originou a bioética e o biodireito, ambos preocupados com as possíveis repercussões advindas do crescimento e conseqüente aplicação das descobertas científicas.

Garcia (2004, p. 181) expõe:

[...] Os caminhos da Ciência Biológica e do Direito, entrecruzados tantas vezes, coincidem agora e se encontram, no desenvolvimento da engenharia genética e, com esta, nas possibilidades e problemática do pré-embrião, do embrião, da clonagem, da manipulação do genoma humano [...]

O homem sempre está buscando o aprimoramento de sua espécie, o que o torna capaz de interferir nos processos naturais dos sistemas biológicos, mediante a utilização de técnicas modernas que possibilitam a transformação e a criação seres vivos, visando a alteração, o melhoramento e o prolongamento da qualidade de vida.

Os clones não chegam a ser novidades biológicas, mesmo que tal termo somente na atualidade esteja sendo utilizado em larga escala, já se observava que os gêmeos idênticos são clones uns dos outros. Porém, os clones da atualidade são

diferentes, e a principal diferença está na sua forma artificial de obtenção, através da técnica da clonagem reprodutiva, que se vale de material genético de uma célula diferenciada de um indivíduo adulto. Desse modo, torna-se necessário não confundir tais clones com outras técnicas de clonagem para fins terapêuticos, como tornar-se-á explícito ao longo do presente trabalho.

Assim, há aproximadamente 5 (cinco) anos, a partir do anúncio da clonagem de uma ovelha, foi rompido o inviolável ciclo natural da vida. A palavra clone (que significa “broto”, em grego) passou, então, a fazer parte do vocabulário da população mundial. Simultaneamente a tal experimento, foi criada a perspectiva de algo considerado impossível: a clonagem de seres humanos.

Através do histórico que será apresentado, será evidenciada a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e o surgir das difíceis questões ético - jurídicas por elas suscitadas, não podendo o direito deixar de se manifestar diante de tais questões.

Segundo Diaféria (1999, p. 271), sobre a clonagem humana

[...] este inusitado avanço veio justamente para revolucionar nossos dogmas mais íntimos, nossas estruturas de raciocínio, desenvolvidas em séculos de existência, que serviram de fundamento para a estruturação de todas as sociedades do passado e que influenciaram na formação das atuais [...].

Sendo um tema novo, faz-se necessário explicar algumas precisões conceituais e demonstrar o funcionamento técnico do processo de clonagem, seja terapêutica, seja reprodutiva, desmistificando várias polêmicas causadas, muitas vezes, pela veiculação de informações inverídicas por parte da mídia.

Algumas reflexões também serão apresentadas, já que necessárias, pois com a evolução da tecnologia acabaremos por nos deparar com as mais diversas situações éticas, morais, sociais e até religiosas e que envolvem a clonagem humana, tema inovador que divide tantas opiniões.

Cumprido ressaltar que apesar da consciência das profundas e inúmeras discussões éticas, filosóficas e constitucionais que o presente tema envolve, entendeu-se que, por tratar de um trabalho afeito ao Direito Internacional, tais temas deveriam ser expostos de maneira breve e concisa, não descartando um posterior estudo aprofundado da questão.

Observando que o ordenamento jurídico reflete a realidade social, será

verificado, também, no presente trabalho, o tratamento normativo acerca da clonagem, no plano internacional e no plano interno. Atualmente, porém os progressos científicos ocorrem com tanta rapidez que torna impossível o acompanhamento por parte da ciência do Direito.

Para que seja feita a análise do tratamento legal dado à clonagem no ordenamento jurídico internacional e suas conseqüências no direito brasileiro, será feita uma abordagem sobre os tratados internacionais, uma vez que a eventual influência do direito alienígena será exercida em nosso país através da ratificação e influência desses instrumentos - principais fontes do Direito Internacional Público - no ordenamento jurídico pátrio. Também será analisada a posição da principal organização internacional sobre o tema, Organização das Nações Unidas (ONU), assim como o tratamento de alguns tratados e declarações específicas sobre a matéria como a Declaração sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, da Unesco e a Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, com seu Protocolo Adicional, esta última de 1997.

Ao estudar a clonagem humana e os progressos científicos que envolvem a manipulação do ser humano, faz-se necessária a definição de ética, moral, bioética e biodireito. É imprescindível também discorrer sobre os princípios do biodireito e da bioética, para a conscientização de prerrogativas inerentes à pessoa humana que poderão vir a ser violadas com o processo de clonagem.

Por fim, serão analisados alguns instrumentos jurídicos no plano interno brasileiro, como a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos (CTNBio) e os posicionamentos encontrados no Código de Ética Médica e Conselho Federal de Medicina.

A relevância do tema em estudo é patente por vários motivos. Seja pelo interesse doutrinário da matéria; seja pelo caráter científico e prático do Direito, seja pela atualidade e inovação do tema.

Pelo demonstrado acima, percebe-se a necessidade do Direito, seja interno, seja internacional, através do Biodireito e da Bioética, de tutelar e proteger a sociedade, assegurando aos homens direitos essenciais como sua dignidade, assim como a necessidade de manter-se um diálogo aberto e permanente entre os países do globo, sobre as conseqüências da clonagem para o ser humano.

Expõem Pessini, Barchifontaine e De Paul (1996, p. 13):

Nosso conhecimento científico está crescendo. Quanto mais aprendemos a respeito de genética, mais apreciamos sua importância em nos ajudar a definir a nós mesmos. Quanto mais aprendemos a respeito de psicologia e ciências sociais, mais nos damos conta de que podemos ser manipulados numa variedade de modalidades que já não conhecemos a nós próprios. Conseqüentemente, sabemos que a natureza humana pode ser muito mais maleável do que jamais imaginávamos. Onde isso nos deixa? Alguns diriam que, em tempo de confusão e incerteza, deveríamos ser conservadores sem definir a natureza humana e deveríamos proceder vagarosamente até que soubéssemos para onde estamos indo. Outros concluiriam justamente o oposto: uma vez que estamos incertos, deveríamos ser liberais e caminhar rapidamente de modo que pudéssemos alcançar o conhecimento de que precisamos para ajudar a definir nossa natureza. Qualquer que seja a direção que tomemos, não existe um consenso cultural em que possamos nos apoiar e confiar, haja vista os problemas levantados pela engenharia genética que afetam fundamentalmente o modo como definimos o que é o ser humano.

2 HISTÓRICO E FUNCIONAMENTO TÉCNICO DA CLONAGEM REPRODUTIVA

2.1 Histórico

Pode-se considerar que a clonagem foi uma das novidades mais esperadas da história da Ciência. Desde o início do século XX, experimentos realizados demonstravam que seria possível produzir cópias genéticas de organismos.¹

Em 1902, o americano Hans Spemann divide em dois um embrião de salamandra. Tratou-se de uma semiclonação, uma vez que o embrião era muito pequeno. Hans Spemann recebeu o Prêmio Nobel em 1935 por seu trabalho com embriões.

No ano de 1950, é realizada, nos Estados Unidos, a primeira experiência bem sucedida de fertilização artificial em vacas.

Em 1952, realiza-se a primeira experiência real de clonagem. Thomas J. King e Robert Briggs, do Instituto de Carnegie, nos Estados Unidos, procedem à clonagem de girinos a partir de núcleos de células somáticas. Obtêm-se embriões bem maiores que os de Hans Spemann. Porém, todos morreram antes de amadurecerem e se transformarem em rãs.

No início da década de 60 (1962), nascem nos Estados Unidos os primeiros bezerros de proveta.

Em 1967, o biólogo inglês John B. Gurden consegue obter clones de um vertebrado adulto. Repetindo o procedimento de Thomas J. King e Robert Briggs, Gurden cria o clone de uma rã. O clone se desenvolveu a partir de uma célula comum, extraída do intestino de sua “mãe”. Porém, novamente, o girino morreu antes de alcançar a vida adulta. Criou-se, também, outra polêmica, relativa ao amadurecimento da célula do intestino da rã utilizada para clonagem. Surgiu a

¹ Sobre histórico ver: A ERA dos clones. *Descobrir*, São Paulo, n. 5, p. 23-25, 1990.; CRUZ, Ana Santa; TEICH, Daniel Hessel. O Próximo!. *Veja*, São Paulo, n. 1713, p.126-132, 15 ago. 2001.; DIEGUEZ, Flávio. A Um Passo da Clonagem Humana. *Galileu*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 123, p. 41-52, out. 2001.; FREITAS JÚNIOR, Osmar; PROPATO, Valéria. No Limiar da Eternidade. *Isto É*, São Paulo, n. 1663, p. 76-82, ago. 2001; BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem - benefícios e riscos**. Rio de Janeiro: Interciência, 2005; DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos: um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social*. São Paulo: Edipro, 1999. p.141-148.

dúvida se tal célula seria realmente “adulta”, uma vez que, apesar de se encontrar em um organismo totalmente formado, ela poderia ser imatura, semelhante à de um embrião (CRUZ; TEICH, 2001)

Na Inglaterra, em 1969, começam a ser realizadas experiências de fecundação de óvulos humanos em laboratório.

Em 1970 começam a ser realizadas pesquisas com embriões de ratos.

No mesmo ano, o *Journal of the American Medical Association* expôs em um editorial: “Certamente um dia seremos capazes de reproduzir um indivíduo em todos os seus detalhes, mas será que isso constitui uma meta desejável?”.

Em 1978, os ingleses Patrick Steptoe e Robert Edwards anunciam o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta. (CRUZ; TEICH, 2001.)

No ano de 1984, os embriologistas americanos Davor Solter e James McGrath realizam uma série de tentativas para clonar embriões de ratos transferindo os seus genes para dentro de um óvulo, técnica semelhante à que seria mais tarde usada por Ian Wilmut. Erroneamente, concluem que a clonagem de mamíferos por essa técnica é “biologicamente impossível”.

Após nove anos, em 1993, na reunião da Sociedade Americana para Pesquisa da Fertilidade, realizada em Montreal (Canadá), os pesquisadores norte-americanos Jerry Hall e Robert Stillman anunciaram que, durante um trabalho de fertilização assistida, haviam separado os blastômeros (células resultantes do processo de segmentação da célula - ovo) de um zigoto segmentado.

Zigoto este que, fatalmente, degenerar-se-ia, pois era tripóide, isto é, possuía três conjuntos cromossômicos em vez de dois, encontrados em uma célula comum. A partir de cada um dos blastômeros, mostraram que era possível obter um embrião. Portanto, se o zigoto segmentado tivesse sido normal, os vários embriões resultantes teriam a possibilidade de serem implantados no útero de uma mulher, podendo gerar gêmeos univitelinos.

Foram divididos 17 embriões, nos estágios de duas a oito células, resultando em 48 novos embriões. Todos os embriões gerados foram destruídos ao final do experimento, com um estágio máximo de desenvolvimento de 32 células.

Foi no final de 1993, portanto, que a expressão ‘clonagem humana’ começou a ser divulgada com maior intensidade. Na realidade, Hall e Stillman tentaram aplicar à espécie humana o que já vinha sendo feito há muito tempo em animais.

No ano de 1994, o veterinário americano Neal First clona os primeiros embriões de vaca.

Em 1996, nasce na Escócia, a ovelha Dolly, clonada a partir das glândulas da mama de uma ovelha adulta.

Pela primeira vez, em todo o mundo, criou-se o clone de um animal adulto. O nascimento da ovelha Dolly foi produto de muitos anos de pesquisa do embriologista inglês Ian Wilmut. O nome Dolly foi dado à ovelha em homenagem à atriz Dolly Parton, famosa por suas glândulas mamárias.

O embriologista Ian Wilmut possuía como base de sua pesquisa a criação de animais capazes de produzir drogas para uso humano, já que era patrocinado por um laboratório.

Posteriormente, foi descoberto o envelhecimento precoce da ovelha, clonada a partir de outra adulta, lançando ainda mais dúvidas sobre a questão.

Em 1997, foi clonada a ovelha Polly recebendo genes humanos e unindo, dessa forma, em uma única pesquisa as técnicas de clonagem e transgenia.

Nesse mesmo ano, o pesquisador inglês Jonathan Slack, da Universidade de Bath, cria um sapo transgênico sem cabeça. A Universidade do Havaí, por sua vez, produz os primeiros camundongos clonados.

No início do ano de 1998, cientistas da Universidade de Wisconsin usam óvulos de vacas para abrigar embriões clonados de ovelhas, porcos, ratos, bezerros e macacos. Entretanto, problemas congênitos impediram as gestações de chegar ao fim (FREITAS JÚNIOR; PROPATO, 2001).

Por sua vez, o cientista americano Richard Seed afirma que fará clonagens humanas clandestinas. Já se torna possível, também, a separação de espermatozoides que têm o cromossomo Y dos que têm o cromossomo X, de modo a poder usar um ou outro, conforme se queira, levando à possibilidade de escolha do sexo do bebê. Assim, se a fecundação for feita com os espermatozoides que têm o cromossomo Y, nascerá um menino, caso contrário, uma menina irá nascer.

Ainda em 1998, os americanos James Thomson e John Gerhart isolam as primeiras células tronco de um embrião humano em um estágio muito inicial de desenvolvimento.

Ao final de referido ano, no Japão, oito vacas são clonadas a partir de uma célula adulta.

Em meados de 1999, nascem as ovelhas Diana e Cupido, com gene que as faz produzir grandes concentrações de albumina humana, essencial ao tratamento de queimados e feridos, inclusive leite com referida proteína.

Em setembro de 1999, nasce a macaca terra, primeira primata clonada pela técnica de fissão de embriões, ou produção artificial de gêmeos, em que um embrião é dividido em quatro clones. Terra foi a única a sobreviver.

No ano de 2000, foi revelada a existência de Xena, porca clonada no Japão a partir de uma experiência que utilizou 110 (cento e dez) óvulos fertilizados. Nasce também Andi, primeiro macaco transgênico. Andi recebeu o gene de determinada espécie de água-viva que brilha quando exposta à luz. Foram necessários 225 (duzentos e vinte e cinco) óvulos, 40 (quarenta) embriões e 5 (cinco) gestações para a geração de 1 (um) só macaco com as alterações desejadas.

Em 2001, no Distrito Federal, nasce a bezerra Vitória, primeiro animal clonado no Brasil. Dos 15 (quinze) embriões utilizados na experiência, apenas 1 (um) sobreviveu.

Em fevereiro de 2002, a PPL Therapeutics, empresa fundada nos EUA pelos criadores de Dolly, apresenta novos clones de porcos. Esses animais foram clonados sem um gene responsável pela rejeição de órgãos suínos, quando transplantados para pessoas. Um dia depois, a Universidade do Missouri, diz ter obtido o mesmo avanço.

O ano de 2002 também foi marcado por anúncios de cientistas como o italiano Severino Antinori e o americano Panayiotis Zavos, que declararam a intenção de clonar um ser humano, despertando curiosidade e polêmica entre os cientistas, assim como entre a opinião pública. Alguns meses depois de referida declaração, Antinori chegou a dizer que uma mulher estava grávida de oito semanas de um clone humano, de acordo com a edição on-line da revista médica *New Scientist*². Em reação ao anúncio de Antinori, a empresa Clonaid anuncia já ter implantado no útero de diversas mulheres, embriões produzidos a partir de clonagem. Da mesma forma, uma pesquisadora chinesa respeitada - Lu Guangxiu - declara ao jornal americano "Wall Street Journal", que produzia dezenas de embriões humanos por clonagem desde 1999.

² NEWSIDENTIST. Special Report: Cloning and Stem Cells. Disponível em: <<http://www.newscientist.com/hottopics/cloning>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

Em julho de 2002, nasce a bezerra Penta, o primeiro clone de um animal adulto produzido no Brasil. A bezerra morreu de infecção generalizada, cinco semanas depois.

Também em 2002, a *Universidade A and M*, Texas, realizou a primeira clonagem de um animal de estimação, no caso, um gato, que recebeu o nome de Copycat, demonstrando que pesquisas continuavam sendo realizadas em todo o mundo, com as mais diversas espécies de animais.

Ainda em 2002, uma empresa afirma ter clonado um ser humano. Dizem que o bebê, uma menina chamada Eva, nasceu sadia e pesa 3,2 Kg. A empresa é da seita dos realianos - que acreditam que o ser humano é obra de extraterrestres. Nada foi confirmado desde então.

O ano de 2003, por sua vez, inicia-se com a notícia da morte da ovelha Dolly na Escócia, no dia 14 de fevereiro, sexta-feira, aos 6 (seis) anos. Observa-se que uma ovelha pode viver até 12 (doze) anos. Veterinários deram à ovelha mais famosa do mundo uma injeção letal, depois de descobrirem sinais de uma doença pulmonar progressiva. A necropsia revelou que Dolly teve câncer.

Em dezembro de 2003, a Câmara Baixa do Parlamento francês aprova um projeto de lei que torna a clonagem reprodutiva humana um crime contra a humanidade, suscetível de punição de 30 (trinta) anos de prisão e multa de até 7,5 milhões de euros.

No mês de fevereiro de 2004, cientistas sul-coreanos, liderados por Hwang, anunciam que produziram uma linhagem de células-tronco pluripotentes (capazes de se diferenciarem em vários tecidos), a partir de dezenas de embriões produzidos por meio da clonagem. Anunciaram, assim, o que seria a maior descoberta do novo século: a primeira clonagem de um embrião humano. Porém, no mês de dezembro, uma equipe de pesquisadores sul-coreanos mostrou que as pesquisas de Hwang foram forjadas. O cientista desculpou-se publicamente e pediu demissão da universidade onde trabalhava.

No Brasil, também em fevereiro, nasce a bezerra Vitoriosa, cópia da vaca Vitória, primeiro clone brasileiro. O nascimento foi anunciado duas semanas depois de realizado o procedimento. Após três meses, Vitoriosa morre. A *causa mortis* mais provável foi um ataque do coração.

Em fevereiro de 2005, a ONU aprova uma resolução que pede às nações que proibam todas as formas de clonagem humana que não protejam a vida - incluindo

aquelas com fins terapêuticos.³

Ainda no final de fevereiro, cientistas franceses do laboratório Cryozootech e o centro de pesquisa genética italiano CIZ clonam o cavalo campeão Pieraz-Cryozootech-Stallion, que fora castrado ainda novo. O laboratório informou que seus bancos de genes já continham células de trinta cavalos, todos excepcionais em suas categorias de competição, além de outros de raças em perigo de extinção.

Também em 2005, os sul coreanos mostram ao mundo o primeiro clone de um cão adulto, que foi chamado de Snuppy. A novidade está na maior dificuldade que a clonagem de um cão exige por causa da fisiologia reprodutiva única desse animal, que reduz a qualidade e a quantidade dos óvulos utilizados no processo. Os genes de Snuppy foram retirados de uma única célula da orelha de um cachorro adulto. A descoberta foi considerada a invenção mais espetacular de 2005, de acordo com a revista norte-americana *Time*, que seleciona anualmente os projetos que podem ter grande impacto na sociedade (PARK, 2005).

No Brasil, em maio de 2005, a Embrapa anuncia a produção de dois clones da raça bovina Junqueira, sendo ambas, *Porã* e *Potira*, clones da mesma fêmea.

O histórico em questão demonstra que as pesquisas não cessam e evoluem a cada dia, demonstrando a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e o surgimento de difíceis questões ético - jurídicas, não podendo o direito deixar de se manifestar diante de tal realidade.

2.2 Clonagem: Precisoões Conceituais

Antes de adentrar no funcionamento técnico da clonagem, é necessário fazer uma breve conceituação: o termo clone foi criado em 1903 pelo botânico Herbert J. Webber enquanto pesquisava plantas no Departamento de Agricultura dos Estados Unidos. Segundo Webber (1903), o termo vem da palavra grega *Klón*, que significa broto vegetal. É basicamente um conjunto de células, moléculas ou organismos descendentes de uma célula e que são geneticamente idênticas a célula original (DINIZ, 2003).

³ ONU aprova resolução contra a clonagem humana.

Desta forma, a clonagem é um processo de reprodução assexuada, onde são obtidos indivíduos geneticamente iguais (microorganismo, vegetal ou animal) a partir de uma célula-mãe. É um mecanismo comum de propagação de espécies de plantas, bactérias e protozoários. Em humanos, os clones naturais são gêmeos univitelinos, seres que compartilham do mesmo DNA, ou seja, do mesmo material genético originado pela divisão do óvulo fertilizado.

Cabe aqui, fazer-se a distinção entre as clonagens reprodutiva e terapêutica, lembrando que apenas a primeira será objeto do presente estudo.

Pode-se observar que o destino dado ao ente clonado é uma das principais diferenças entre as clonagens terapêutica e reprodutiva: no primeiro caso, o embrião seria a fonte de colônia de células-tronco e teria sua existência restrita ao âmbito laboratorial. Na clonagem reprodutiva, o destino do embrião é ser implantado no útero de uma mulher, para que seu desenvolvimento seja levado a termo, surgindo daí uma pessoa humana, dotada de vida social.

A clonagem reprodutiva objetiva criar uma cópia idêntica de um ser humano. Seria como um gêmeo idêntico, porém, nascido anos ou décadas depois. Foi através de um processo de clonagem reprodutiva que foi criada a ovelha Dolly, como será a seguir explicitado.

Em relação à clonagem terapêutica, observa-se que os seres vivos são concebidos a partir da multiplicação de uma única célula ovo, contendo em seu DNA toda a informação hereditária. Antes de começarem a se dividir e se diversificar para formar os tecidos do corpo, as células do embrião são indiferenciadas.

A clonagem terapêutica tem como objetivo principal reorientar essa única célula a produzir um determinado conjunto de células ou um tecido: é a chamada célula tronco. Assim, elas podem funcionar como um “curinga” de órgãos doentes, ajudando a substituir seus órgãos degenerados. No caso de alguém que fosse portador de uma doença como a leucemia, por exemplo, e necessitasse de um transplante de medula, ele poderia ser o doador para ele mesmo, não correndo o risco de rejeição, graças à clonagem terapêutica.

Dieguez (2001), trouxe uma reportagem interessante sobre estudos feitos com células-tronco. Referidas células - unidades com potencial para se transformarem em tecidos musculares, cardíacos, nervosos, dentre outros - são as responsáveis pela discussão acerca da legalização da clonagem terapêutica, haja vista que, como será mostrado ao longo desse estudo, a clonagem reprodutiva é

majoritariamente refutada. Nessa reportagem, expõe-se que como a lista de males possivelmente curáveis cresce a cada dia, é difícil dizer onde vão parar os benefícios médicos dessas incríveis “peças de reposição naturais”. Resultado: com essa descoberta, gerou-se uma pressão política enorme para a tomada de decisões rápidas sobre a clonagem. O motivo é que para obter, estudar e utilizar células-tronco, é preciso tirá-las de embriões muito jovens, de preferência logo após quatro dias de idade, quando o futuro bebê ainda é apenas uma esfera invisível a olho nu formado por algo entre 50 e 300 células. E a melhor maneira de fazer isso, dizem os especialistas, seria produzir embriões em laboratório, com a clonagem.

2.3 Funcionamento Técnico da Clonagem Reprodutiva

Sendo a clonagem reprodutiva um tema relativamente novo, torna-se necessário demonstrar o funcionamento técnico do processo de clonagem, desmistificando várias polêmicas causadas, muitas vezes, pelo desconhecimento do tema e pela veiculação de informações inverídicas por parte da mídia.

A reprodução é o processo biológico em que os seres vivos originam novos indivíduos, sendo a etapa do ciclo vital que permite a perpetuação das espécies.

Para muitos seres a clonagem é um método de reprodução normal, natural, o que não ocorre com a maioria dos organismos existentes. As bactérias, por exemplo, seres unicelulares, reproduzem-se através da clonagem, ou seja, as filhas são cópias genéticas idênticas às suas mães. A reprodução das bactérias é assexuada. Há apenas uma duplicação e posterior divisão de tais seres (SILVA JÚNIOR e SASSON, 1991).

Porém, na maioria dos organismos, nenhuma célula do corpo seria capaz de gerar um novo ser. A reprodução é sexuada, ocorrendo a fecundação entre os gametas feminino e masculino e a transmissão das características hereditárias.

Haveria duas formas de reprodução que poderiam ser utilizadas na clonagem: a separação das células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular ou a substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente.

Na primeira classificação, que seria a separação provocada das novas células de um embrião, serão produzidos novos indivíduos exatamente iguais quanto ao patrimônio genético, porém diferentes de qualquer outro existente, por exemplo, como ocorre na natureza quando da geração de gêmeos univitelinos.

O Professor Jerry Hall, da *Universidade George Washington/EUA*, realizou esse tipo de experimento. Foram divididos 17 (dezesete) embriões, nos estágios de 2 (duas) a 8 (oito) células, resultando em 48 (quarenta e oito) novos embriões. Todos os embriões gerados foram destruídos ao final do experimento, com um estado máximo de desenvolvimento de 32 (trinta e duas) células.

A segunda técnica seria a que reproduz assexuadamente um indivíduo criando outro igual ao previamente existente.

A reprodução assexuada é classificada por Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (1998, p. 39-40), da seguinte forma:

II - Reprodução Assexuada.

Cloning.

1.1 Com componente genético de um dos cônjuges:

a) Gene do pai, clonado em óvulo de mãe legal e gerado por ela - *cloning* homólogo.

b) Gene do pai, clonado em óvulo doado e gerado por mãe legal. .

c) Gene da mãe, clonado em óvulo de mãe legal e gerado por ela - *cloning* antólogo.

d) Gene clonado em óvulo de mãe doadora e gerado por ela.

1.2 Com componente genético de doador, clonado em óvulo de mãe portadora e gestado por ela - *cloning* heterólogo.

Foi utilizada a reprodução assexuada, no caso a técnica do transplante nuclear, na criação da ovelha Dolly, e é anunciada pelos cientistas como a que deverá ser utilizada para a clonagem de seres humanos.

Essa técnica consiste em retirar-se do ser (do animal) ao qual se deseja copiar, uma célula comum cujo núcleo é, em seguida, extraído, sugado com uma agulha. O núcleo de referida célula é enxertado em um óvulo - do qual também foi

retirado o núcleo - de outro ser.

Para unir o óvulo ao núcleo inserido, utiliza-se uma descarga elétrica. O patrimônio genético do ovo formado é completo, uma vez que vem de uma célula comum de um animal adulto. A partir de tal fusão, o óvulo é colocado em um meio que estimula a formação do embrião que, por sua vez, será implantado no útero de outro organismo, da mesma espécie que os anteriores. Após o período de gestação, nascerá um ser geneticamente igual àquele do qual foi extraído o núcleo da célula comum, apesar de o óvulo e útero pertencerem a outros organismos.

O médico italiano Severino Antinori citado por Dieguez (2001) afirma ser possível a clonagem humana através da seguinte experiência: serão retirados óvulos de 180 (cento e oitenta) mulheres. Estimuladas por drogas, cada mulher doará, aproximadamente, 10 (dez) óvulos, cujos núcleos serão removidos, ou seja, totalizando 1800 (mil e oitocentos) óvulos. Como descrito anteriormente, será introduzido em tais óvulos, o núcleo das células de pessoas candidatas à clonagem. Após o processo de reconstrução e fecundação, apenas 600 (seiscentos) óvulos chegarão ao estágio de embrião.

Foram selecionadas outras 200 (duzentas) voluntárias que possuirão, em média, 3 (três) embriões implantados em seus úteros. Apenas 30 (trinta) voluntárias passarão da metade do período de gravidez. Ao final, terão nascido, aproximadamente, 8 (oito) bebês e, entre esses, somente 3 (três) deverão sair saudáveis do berçário (CRUZ, 2001).

Vários obstáculos e polêmicas são gerados a partir de tal experimento, quais sejam: inicialmente, 1/5 (um quinto) dos 1800 (mil e oitocentos) óvulos, é jogado fora após a primeira fase citada.

A retirada do núcleo das células comuns e sua fusão com o óvulo possuem, atualmente, índice de falha de 60% (sessenta por cento) em média.

Proporcionalmente, poucas células clonadas tornam-se embriões. No caso da ovelha Dolly, por exemplo, das 227 (duzentas e vinte e sete) células utilizadas, somente 27 (vinte e sete) tornaram-se embriões. Suspeita-se que a cultura dos embriões, além de provocar perdas, cause futuros problemas genéticos nos clones. Em alguns casos ainda, os defeitos do embrião poderão colocar em risco a fêmea cujo útero está sendo utilizado, gerando a possibilidade de uma pequena parte delas morrer durante o parto.

O processo de nidação (fixação dos embriões nos úteros) é, por sua vez, incerto: quase metade dos embriões não se fixa. Dos que passam por essa etapa, 50% (cinquenta por cento) morre nos primeiros meses. É o que está sendo chamado de "síndrome das crias". A causa mais comum dessas mortes é o crescimento exagerado dos órgãos a ponto de inviabilizar a sobrevivência das crias.

Acrescenta-se que alguns dos clones morrerão de problemas respiratórios e cardíacos ao nascer, ou nas primeiras horas de vida. Outros viverão com falhas genéticas e/ou imunológicas graves. Mesmo depois de crescidos, porém, alguns desses clones poderão desenvolver anormalidades que até então, não tinham se manifestado.

Calcula-se que, de todos os embriões clonados, apenas 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento) tornam-se adultos saudáveis (DIEGUEZ, 2001).

Também não se pode prever como tais clones se comportarão logo após o nascimento e durante seu desenvolvimento até a fase adulta. Vários experimentos com clones de camundongos demonstram que sua longevidade é muito reduzida em relação ao indivíduo original (clonado). A ovelha Dolly já sofria de artrite com apenas cinco anos (BONFIM, 2005), uma doença comum na velhice ovina, e que não foi documentada no indivíduo do qual Dolly se originou. Em várias espécies, os clones gerados a partir de indivíduos adultos, incluindo Dolly, apresentam vários outros sinais de envelhecimento precoce. O experimento mais significativo evidenciando a eficiência da clonagem, executado pela empresa Advanced Cell Technology, foi feito com 30 vacas clonadas e indicou que "apenas" 20% dos clones apresentaram problemas até a idade de quatro anos, fase adulta dos bovinos. Talvez outras vacas possam ainda apresentar problemas até seus 20 anos, se chegarem à velhice bovina, mas estas informações, presume-se, só poderão ser obtidas daqui a algumas décadas.

Outro fator a ser considerado são os custos, os quais não devem ser esquecidos, pois a técnica de clonagem, que permite a criação de cópias de um único ser clonado, implica em vultuosos gastos. Cumpre apenas lembrar que uma outra técnica foi desenvolvida pelos cientistas criadores de Dolly, qual seja, fusão das técnicas de transplante nuclear com a transgênese, onde o gene de interesse é adicionado ao genoma da célula que será utilizada como doadora (DINIZ, 2003). Conjugando-se essas duas técnicas, permite-se a produção de indivíduos transgênicos, ou seja, com alterações genéticas.

Mas o que poderia acontecer à espécie humana? Qualquer cientista sério responderia que problemas similares nos vários estágios da clonagem e desenvolvimento do clone humano podem aparecer com significativa probabilidade. Mas é necessário pensar em situações que não podem ser respondidas agora. Por exemplo: grande parte do processo de envelhecimento humano está associada à nossa função cerebral, bem diferenciada dos outros animais. Será que teremos de esperar clones humanos se desenvolverem para anotarmos, tal como um resultado de experimento que levou vários anos para ser respondido, que clones ficam "caducos" antes do tempo?

Verificando-se os detalhes científicos dos processos de clonagem, é fácil perceber as barreiras legais, éticas e morais que deverão ser enfrentadas por aqueles que se "aventurarem" na produção de um clone humano.

2.4 Algumas Reflexões

Após ter estabelecido a distinção entre os tipos de clonagem e demonstrado como se dá o funcionamento técnico da clonagem reprodutiva, cabe aqui relatar, com o objetivo de instigar a reflexão e de mostrar como poderão ser concretas algumas das situações expostas por Silver (2001), com as quais, possivelmente, a humanidade irá se deparar, cotidianamente, em um futuro próximo:

- **Primeira situação:** Anissa era estudante e recebeu o diagnóstico de uma leucemia mielóide, um câncer de progresso lento mas fatal, das chamadas "células-mãe" do sangue. A única maneira de curar esse câncer é por um processo de duas etapas: a) um tratamento com substâncias químicas extremamente tóxicas que destroem todas as "células-mãe" do sangue - o que inclui as cancerosas - em todo o corpo da pessoa. b) a substituição das "células-mãe" eliminadas por outras fornecidas por um doador, mediante transplante de medula óssea. O doador deve mostrar compatibilidade suficiente de tecidos com a pessoa carente e a chance de haver compatibilidade suficiente entre dois indivíduos, que não sejam parentes, é de 1(um) para 20(vinte) mil.

Os pais de Anissa, que estavam desesperados para salvar a vida da filha, procuraram um doador. Nenhum dos membros da família era compatível e também se mostraram frustradas outras buscas. A essa altura, os pais tomaram uma decisão: iriam ter outra criança que pudesse doar a medula óssea necessária a Anissa. Por milagre, conseguiram ter uma filha compatível e realizaram o transplante. Desde então, a menina repete, bem feliz, que salvara a vida de sua irmã.

Considerando, porém, o que os pais poderiam ter feito se a clonagem estivesse disponível quando souberam da doença da filha; com uma célula da pele do corpo de Anissa, por exemplo, eles teriam sido capazes de construir um novo embrião com o mesmo material genético. E, em vez de lutarem contra as probabilidades, saberiam desde o início que seu novo filho seria não apenas um doador adequado, mas também perfeitamente compatível com sua filha mais velha (o que é possível apenas com gêmeos idênticos). Exceto por um detalhe, o resultado final não seria diferente do que realmente aconteceu. Uma criança chamada Marissa ainda teria nascido e ela ainda teria curado sua irmã mais velha. É claro que com a diferença de que ao invés de ter material genético 99,95% igual ao de sua irmã mais velha, como os outros pares de gêmeos, o material genético de Marissa seria 100% igual ao de Anissa. Isso faria diferença na quantidade de amor que os pais de Marissa sentiriam por ela? Estaria ela menos orgulhosa de ter salvado a vida de sua irmã? Claro que não. Mas tendo em vista as implicações impostas acima, tem-se que o procedimento ainda é muito incerto, devendo ser acrescentada a seguinte pergunta: seria Marissa realmente saudável?

- **Segunda situação:** um casal possui um par de gêmeos e depois de algum tempo a mãe fica estéril. Um dia, um rapaz drogado invade a calçada com seu carro desgovernado e mata os bebês que estavam em um carrinho no passeio. Os pais sabem que não podem ter mais filhos biológicos. Sem que eles soubessem um médico que estava na sala de emergência no momento em que os bebês foram levados para lá, retirou, cuidadosamente, amostras dos tecidos de ambos os corpos logo depois de mortos e os congelou. Ele explica aos pais como poderiam utilizar essas amostras, em uma tentativa de ter de novo seus próprios filhos biológicos, por meio do processo de clonagem. É claro, ele adverte, que os gêmeos originais não serão trazidos de volta. Mas as crianças daí nascidas se parecerão e muito provavelmente agirão de modo similar aos bebês que eles perderam.

O casal fica confuso com a escolha que está sendo oferecida a eles. No entanto, decidem ir em frente. Agora a família está completa. Um estranho nunca saberia que essa família foi construída pela clonagem dos dois gêmeos fraternos nascidos antes. Ambas as crianças agora vão crescer num ambiente de amor e, quando estiverem com idade para compreender, seus pais vão explicar como eles foram concebidos.

Torna-se difícil imaginar o que poderia estar errado com esse uso da tecnologia da clonagem de humanos. Na verdade, com base num direito constitucionalmente protegido de reproduzir, é difícil imaginar como seria eticamente possível negar o uso da tecnologia - desde que seja considerada segura - ao casal nessa circunstância extremamente incomum.

A questão torna-se ainda mais complicada quando se trata de clonagem de adultos, como é possível perceber pela situação que se segue.

- **Terceira situação:** Elisa é uma mulher solteira que vive de seu trabalho e mora em um apartamento elegante. Concentrou quase todas as suas energias na carreira desde que se formou e tem crescido constantemente no mundo dos negócios. Em termos financeiros está tudo muito bem. Elisa teve relações afetivas com vários homens ao longo desses anos, mas nenhuma foi séria o bastante para que ela desistisse da sua vida de solteira.

No dia de seu aniversário de 35 anos, ela decide ter um filho. Elisa está bem ciente da lei federal que torna a clonagem ilegal. Mas ela decide fazer o que inúmeras outras mulheres em sua situação têm feito recentemente - tirar férias nas Ilhas Cayman, onde há uma grande clínica reprodutiva especializada em clonagem.

Como Elisa é uma mulher solteira saudável, não tem necessidade de outros participantes biológicos no processo de clonagem e consegue, desta forma, engravidar. Seu ginecologista e obstetra sabe que ela é solteira e não pergunta (assim como Elisa não conta) como começou a gravidez. Ela dá a luz a uma menina saudável. Raquel vai crescer da mesma maneira que as outras crianças da sua idade. De vez em quando, as pessoas irão comentar sobre a notável semelhança entre a criança e sua mãe. Elisa vai sorrir para elas e dizer: "Sim, ela tem minhas feições". E a conversa irá parar por aí.

Com essa situação poder-se-ia perguntar: quem é Raquel e quem seriam realmente seus pais? Não há dúvida de que Elisa é sua mãe de nascimento, já que Raquel nasceu de seu corpo. Mas Elisa não será a mãe genética de Raquel se for baseado nos significados tradicionais de pai e mãe. Em termos genéticos, Elisa e Raquel são irmãs gêmeas! Seus únicos dois avós também são seus pais genéticos. E, quando Raquel crescer e tiver seus próprios filhos, seus filhos também serão filhos de sua mãe. Assim, com um único ato de clonagem, seremos forçados a reconsiderar o significado de pais, filhos e irmãos, assim como o relacionamento desses indivíduos entre si.

3 DISTINÇÃO ENTRE MORAL, ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO

Com a contextualização do processo de clonagem através da exposição de seu histórico, ou seja, de sua linha evolutiva ao longo dos tempos e da breve explicitação de seu funcionamento técnico, observa-se a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e o surgir das difíceis questões morais, éticas e jurídicas por elas suscitadas, não podendo o Direito deixar de se manifestar diante de tais questões.

Sendo assim, torna-se necessária uma breve explanação dos conceitos e da distinção entre ética, moral, bioética e biodireito, expressões intrinsecamente ligadas aos progressos científicos que envolvem a manipulação do ser humano.

Serão conceituados termos que, ao longo da história da cultura ocidental foram utilizados como sinônimos, uma vez que a os autores não traçaram nenhuma diferença entre eles: ética e moral.

Com o nascimento da Filosofia, ou seja, com a passagem do pensamento mitológico - em que tudo era explicado tendo como referência o cosmos e os deuses - para o pensamento filosófico - em que, lentamente (pré - socráticos a princípio), o homem vai ocupando o ponto de vista da reflexão surge à ética, assim como a reflexão política e a história. Forja-se a consciência antropológica.

Nesse contexto, surge a idéia de política (*politiqueia* - lei justa, visando ao bem comum). Uma ação política é aquela que visa ao bem na *pólis* (cidade - estado grega), e o espaço para se discutir sobre o bem comum era a *ágora* (praça pública).

A preocupação com as normas que pudessem balizar o comportamento das pessoas, buscando atingir o fim proposto irá, também, surgir na *pólis*. O teorizar sobre isso possibilitaria, por sua vez, o nascer da ética.

O termo grego *ethos* designa costume, não qualquer costume, mas aquele refletido, teorizado.

A ética é um conjunto de princípios e valores que guiam e orientam as relações humanas. Constitui uma reflexão teórica e generalizada sobre a ação humana, tendo como função explicar a realidade. Ela busca definir, por exemplo, o que é o bem, porque o homem deve praticá-lo ao invés de fazer o mal, o sentido da felicidade, assim por diante.

Infere-se que pode até ser fácil intuir o que é ética, mas explicá-la é tarefa difícil, principalmente por inexistir um conceito universal do seu significado. Os conceitos éticos variam no tempo e no espaço, por isso é instantânea e atemporal.

[...] Aristóteles asseverou ser ela a busca da felicidade, jamais podendo ser obtida permanentemente, mas apenas desejada, pois ambas são instantâneas. Kant achava que a igualdade entre os homens era fundamental para o desenvolvimento de uma ética universal. A Ética evolui com a problematização dos fundamentos e do valor das leis, que são muitos, mas sempre provisórios, posto que elaborados para atender situação circunstancial que é modificada com a complexidade da vida moderna e todo o aparato do desenvolvimento tecnológico [...] (SÉGUIN, 1999, p. 25)

A moral, nesse contexto seria o princípio particular que rege o comportamento humano, estando ligada a situações concretas. Os valores morais nascem da prática comportamental e tendem a estimular a ação das pessoas na sociedade.

Expõe Habermas (2004, p. 54-55):

[...] Chamo de "morais" as questões relativas à convivência baseada em normas justas. Para pessoas ativas, que podem entrar em conflito umas com as outras, essas questões são suscitadas considerando-se a necessidade normativa de se regulamentar as interações sociais. Existe a expectativa sensata de que tais conflitos, a princípio, possam ser racionalmente decididos em prol do igual interesse de cada um. Em contrapartida, essa expectativa de aceitabilidade racional deixa de existir quando a descrição da situação em conflito e a fundamentação das normas correspondentes dependem do modo de vida que escolhemos e da autocompreensão existencial, ou seja, quando dependem de um sistema de interpretação com identidade própria, relativo ao indivíduo ou a um determinado grupo de cidadãos. Tais conflitos secundários tocam em questões "éticas". [...]

Já para Kant (1967, p. 32), a lei exige que nossa conduta, para ser moral, deve ser conforme um único imperativo racional, válido objetivamente para todos, o qual é assim apresentado: *"Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal."*

A aplicação de novas técnicas, desenvolvidas nas áreas científicas relacionadas à vida, gerou preocupações de natureza ética e moral, dando origem à bioética.

O termo Bioética refere-se, freqüentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas. Estas tiveram um grande

desenvolvimento nos últimos tempos.

Segundo Sá (2004, p. 1):

Nessa esteira de raciocínio, a Bioética surge como corolário do conhecimento biológico, buscando o também conhecimento do sistema de valores. Embora se refira, freqüentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas que tiveram grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, muito importante se faz ressaltar, na busca de maior aprofundamento sobre o tema, que referida ciência tem como uma de suas preocupações principais a questão da autonomia do paciente.

Tal termo foi utilizado pelo oncologista e biólogo norte americano Van Resselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, inicialmente num sentido ecológico, onde se considerou a bioética como a ciência da sobrevivência. Posteriormente declarou que “bio” significaria o conhecimento biológico e “ethike” o conhecimento do sistema de valores (PESSINI, BARCHIFONTAINE; DE PAUL, 1996).

Historicamente origina-se da preocupação da comunidade científica, das autoridades e da população em geral, sobre as experimentações com o corpo humano, desde as práticas nazistas.

Sobre a origem da bioética, Séguin (1999, p. 18-19):

A fusão da ética com a ciência da vida deu origem à Bioética, integrando a cultura humanística à técnico - ciência das ciências naturais. Surgiu na década de 60 como estudo multidisciplinar, preocupada com os reflexos do comportamento humano ante o progresso das ciências da saúde. Passou além da ética - ciência e da Filosofia do Direito, interfaceando o Direito Penal e o Direito Civil.

Para Diniz (2001, p. 10-11):

A bioética seria, no sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Constituiria, portanto, uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática

tecnocientífica e biotecnocientífica, como os riscos biológicos associados à biologia molecular e à engenharia genética, às práticas laboratoriais de manipulação genética e aos organismos geneticamente modificados [...].

A discussão em torno da Bioética chamou a atenção para as implicações decorrentes das pesquisas biomédicas e biotécnicas, que podem trazer prejuízos à saúde física e mental do homem, afetar o ecossistema, interferir na etnia, agravando posturas racistas, preconceituosas, discriminatórias de indivíduos e grupos étnicos, sociais, econômicos, entre outras polêmicas. Essa discussão evidencia a necessidade de inserir ações no mundo jurídico, para o estabelecimento de normas regulamentadoras dessas pesquisas, sua destinação e implementação de seus resultados, garantindo à sociedade e à pessoa humana a segurança necessária à manutenção de seu bem estar.

O biodireito, então, surge da união da bioética com o direito. O biodireito teria a vida como objeto principal, salientando-se que a verdade científica não poderá se sobrepor à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem os devidos limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Biodireito, para Bobbio (1992, p. 13):

Direito de Quarta geração, cujo objeto é justamente, regular os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, acompanhado as transformações sociais em curso e buscando prevenir e solucionar todos os conflitos dela decorrentes.

Segundo Séguin (1999, p. 18-19):

O Biodireito como ciência disciplina as relações médico-paciente, médico-família do paciente, médico-sociedade e médico-instituições, e os diversos aspectos jurídicos que surgem dentro, fora e por causa destes relacionamentos, introduzindo a noção de saúde moral à saúde física. [...] Kant ensinou que a violação do Direito ocorrida num ponto da terra é sentida por todos [...].

Consideram-se interessantes, ainda, as seguintes observações sobre a bioética e o biodireito:

Andrade Júnior (2002, p. 233-235)

Como a Moral e a Ética, a Bioética e o Biodireito também lidam com normas sociais. Estas, por sua vez, são comando de dever-ser, não estando, assim, na ordem do ser. Isso porque as normas sociais estão sujeitas ao fenômeno da imputação e não da causalidade. São causais os fenômenos da natureza, na qual uma causa produz inexoravelmente uma consequência [...] É a Bioética um ramo da Ética, quando se estuda o fato relacionado à Biomedicina e será o bem o valor nuclear a dar conteúdo às normas pertinentes a este fato. Todavia, se as normas éticas forem eleitas pelo legislador, como de suma relevância para os fins desejados pelo mesmo, serão estas normas validadas, no que diz respeito ao Direito, surgindo, então o Biodireito. Nesse sentido, o Biodireito será um ramo do Direito, mas abrangerá a Bioética.

Sá (2004, p. 1)

Assim, apesar de termos apontado suas diferenças, Bioética e Biodireito seguem juntos. O Direito não se limita ao discurso legal. A força da norma é uma força da realidade. E esta verdade também se encontra na Bioética, pelo efeito *juridicante* que já expomos. E a função maior de ambos é a proteção dos direitos humanos, ainda que utilizando técnicas distintas de abordagem, que ao final, sem sombra de dúvidas, se completam.

4 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Após a definição de Bioética e Biodireito, viabiliza-se a exposição de seus princípios. Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.

4.1 Princípios e Regras

Por ser a primeira etapa na concretização dos valores, os princípios possuem um elevado conteúdo axiológico, tornando-se imprescindíveis como critérios de decisão em todo e qualquer discurso normativo.

Inicialmente, formulou-se uma teoria segundo a qual os princípios são normas gerais de um sistema. Destarte, todas as disposições normativas que determinam comportamentos genéricos no Direito eram denominadas de princípios para esta corrente.

Galuppo (1998, p. 1) ensina que:

A generalidade não é um critério adequado para a distinção, porque, apesar de muitas vezes os princípios serem normas com elevado grau de abstração, eles não se formam por um processo de generalização (ou de abstração) crescente.

Posteriormente, deixou-se de trazer como marco diferencial de regras e princípios a generalidade, embora se admita que princípios costumam ser relativamente gerais. Assim, a generalidade não se afigura como causa de distinção, mas como consequência do conceito de princípios.

Os princípios se caracterizam por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus. Nesse Sentido, Alexy (1993, p. 86-87) observa que ao contrário das regras - que, quando válidas, devem ser cumpridas nas exatas medidas de suas prescrições - os princípios são “mandamentos de otimização”, isso é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Os princípios não estabelecem seqüências automáticas. Eles atuam como uma espécie de *vetor* que aponta a direção a ser seguida em certa decisão, sendo que determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Isso ocorre por permitirem a ponderação de valores conforme o caso dado.

Quando se afirma que um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, o que se quer dizer é que os aplicadores do direito devem levá-lo em consideração - e não necessariamente aplicá-lo, se for o caso, como critério determinante na escolha de um ou outro sentido (DWORKIN, 2003).

A análise e a opção por determinados princípios em detrimento de outros, não ocorrem abstratamente, uma vez que eles não possuem um valor absoluto. Essa escolha só pode ocorrer em face de uma situação concreta, na qual será avaliado qual princípio envolvido possui um “peso relativo” - relacionado àquele caso específico - maior.

A par da necessidade de os princípios serem levados em conta quaisquer que seja a situação em análise é, sobretudo, nos casos difíceis (*hard cases*), que eles atuam com maior peso e com toda a sua força, servindo como base para a argumentação que fundamenta as sentenças.

Dworkin (1997) explica que enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada, já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra que considerem como obrigatória, devem também decidir de acordo com os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros (de peso menor) apontando em sentido contrário.

As regras, ao prescreverem determinações, impõem resultados. Se uma regra jurídica é válida, verificados os pressupostos de fato abstratamente previstos, ela deverá ser aplicada automaticamente, de forma absoluta.

Assim, a aplicação de uma regra segue a lógica do tudo-ou-nada (“*rules are applicable in all-or-nothing fashion*”). Verificados os fatos por ela previstos, o seu mandamento deve ser aceito. Dworkin (1997) estabelece um paralelo entre as duas espécies normativas afirmando que os princípios possuem um caráter *prima facie*, ao passo que as regras possuem um caráter definitivo. Assim as regras são aplicáveis na forma de juízos disjuntivos (*in all or nothing fashion*): se os fatos

estipulados por uma regra válida se dão, a resposta dada deve ser aceita. Por essa razão, distintamente do que se dá com os princípios, um enunciado preciso de uma regra deve levar em conta todas as exceções que ela contém.

4.2 Princípios da Bioética

Segundo Andrade Júnior, acerca dos princípios da Bioética:

São estruturas formadas por relações, idéias essenciais, consubstanciadas em normas, as quais possuem a seguinte função: delimitam quais os valores que devem ser considerados, como premissa maior, a fim de se aplicar o silogismo aos problemas éticos da Biomedicina, estes entendidos premissas menores, para se resolver as questões suscitadas. Em outras palavras, formam o principal conjunto de pensamentos sobre Bioética, que constituirá base orientadora para se formular preceitos morais, a respeito das indagações que tangem essa área do conhecimento (ANDRADE JÚNIOR, 2002, p. 244-245).

Dessa forma, observa-se que a Bioética foi desenvolvida tendo como pilares fundamentais quatro princípios, quais sejam: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

4.2.1 Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia (*autos* - eu; *nomos* - lei): refere-se à capacidade que tem a racionalidade humana de fazer leis para si mesma. Traduz o direito do ser humano de poder decidir sobre si mesmo, autogovernar-se. Assim, a relação médico/paciente, deixa de ser uma relação entre sujeito (médico) e objeto (paciente) e passa a ser uma relação entre sujeitos (médico e paciente). Os pacientes são sujeitos autônomos, que compartilham de todas as decisões médicas. Os valores morais do paciente devem ser respeitados pelo médico, entidade ou Estado, quando estes estiverem implicados em situação a qual aquele esteja sobre cuidados médicos.

Amaral (2000, p. 337) o define como “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.

Segundo Kant (1967, p. 70-79):

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

Ainda, expõe Maria Celeste Cordeiro Leite Santos acerca do ensinamento de Cláudio Cohen e José M. Marcolino:

Num sentido amplo, autonomia tem sido usada para refletir diversas nações, incluindo autogoverno, liberdade de direitos, escolha individual, agir segundo a própria pessoa. Em filosofia, autonomia é um termo introduzido por Kant para designar a independência da vontade de todo o desejo e sua capacidade de determinar-se segundo uma lei própria, que é o imperativo categórico da razão. Kant opõe a autonomia à heteronomia. Para Kant a vontade de um indivíduo é autônoma quando regulada pela razão (SANTOS, 1998, p. 42-43).

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais a outras pessoas.

4.2.2 Princípios da Beneficência e Não-Maleficência:

Beneficência advém do latim *bonum facere* - fazer o bem. O princípio da beneficência requer o atendimento, por parte do médico ou do geneticista, aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.

Tal princípio constitui um dos mais antigos critérios médicos, pois sua origem se deu com Hipócrates, um dos fundadores da medicina grega, sacramentando o

juramento válido até hoje para os médicos:

Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição. Também não fornecerei a uma senhora pessário abortivo [...] Na casa aonde eu for, entrarei apenas pelo bem do doente, abstenho-me de qualquer mal voluntário [...] (SANTOS, 1998, p. 42-43).

O princípio da beneficência não aponta os meios de distribuição do bem e do mal, apenas pede que se promova aquele, evitando-se este. Duas são as regras dos atos de beneficência: não causar danos e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.

Muitos não distinguem o princípio da beneficência do princípio da não - maleficência, outros consideram o segundo como desdobramento do primeiro.

O princípio da não-maleficência determina não infringir ao paciente qualquer tipo de dano. Ele contém a obrigação de não acarretar dano intencional e deriva da máxima da ética médica: *primum non nocere* (antes de tudo não prejudicar). Esse princípio traduz comando negativo, consubstanciando-se no seguinte: não se podem piorar as condições de saúde do paciente.

4.2.3 Princípio da Justiça

É o princípio que garante a relação equânime, justa e universal dos benefícios do serviço de saúde. Segundo ele, o paciente deve ser tratado com justiça, em todas as situações envolvendo seu tratamento, ou seja, a experimentação com o seu corpo.

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atine à prática médica pelos profissionais de saúde, uma vez que os iguais devem ser tratados igualmente.

Conforme Santos (1998, p. 53-54):

[...] o poder de decisão médica deve aliar-se à justiça. É o que ocorre quando há conflitos entre a responsabilidade médica e a autonomia do paciente ou de sua família, visando à proteção da vida (por exemplo, em casos de transfusão de sangue indispensável para pessoa que seja

Testemunha de Jeová).

Por outro lado, prossegue Hossne, a importância é cada vez maior na questão da justiça distributiva da saúde. O médico deve participar da política de Saúde. Por exemplo, quem deve ir para a UTI quando a demanda de vagas é maior que a oferta? Quem terá seu aparelho desligado?

Esse princípio exige uma relação equânime dos benefícios, riscos e encargos proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente. Questões então são levantadas, como quem seria igual e quem seria desigual? Quais as justificativas para afastar-se da distribuição igual? Há propostas apresentadas pelo Relatório Belmont (*Belmont Report*)⁴ de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos tais como: a cada pessoa uma parte igual conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito (ETHICAL Guildelines for the protection of human subj, 1978).

A bioética deverá ter tais princípios como parâmetros de suas investigações e diretrizes.

4.3 Princípios do Biodireito

Os estados modernos incorporaram em seus Ordenamentos Jurídicos princípios dirigentes que visam à implementação dos principais valores assim concebidos pelos povos de suas respectivas sociedades.

Pode-se considerar que esses princípios são calcados em duas idéias principais, que irão nortear todo o Direito adotado pelos Estados: os princípios de proteção ao direito à vida e à dignidade. A maior parte do Estados traz em suas constituições, seja expressa ou implicitamente, as idéias de tutela da vida e da dignidade da pessoa humana.

Idéias estas que figuram na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, da qual é signatária a maior parte dos países do globo:

Artigo 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

⁴ ETHICAL Guildelines for the protection of human subjects. **Belmont Reports**, Washington, 1978.

Artigo 3º - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

O mesmo é perceptível na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997:

Artigo 2º

- a) Todo homem tem o direito de respeito a sua dignidade e seus direitos, independentemente de suas características genéticas.
- b) Essa dignidade torna imperativo que nenhum homem seja reduzido a suas características genéticas e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas.

No Brasil, esses dois princípios encontram-se expressos na Constituição Federal de 1988, da seguinte forma:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Artigo 5.º 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 [...]

Em relação ao significado de vida e dignidade expõe Silva (2000, p. 200-201):

[...] Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto - atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.

[...] A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A 'vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar conta de si mesmo'. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana.

Segundo Moraes (2000, p. 62):

[...] a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo que é inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...].

Pelo exposto, vê-se que os citados princípios da Bioética, ou seja, autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, encontram sua fonte legal nos princípios da tutela do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Também se pode verificar que os princípios da bioética são, ao mesmo tempo, princípios do biodireito.

Porém, percebe-se que os princípios do biodireito não se restringem aos referidos anteriormente, uma vez que a análise de algumas declarações internacionais, permite inferir que outros princípios também dirigem a conduta humana no campo biomédico. Tais princípios são: princípio do consentimento informado, princípio do não aviltamento do corpo humano, princípio da não patenteabilidade do conhecimento sobre experimentação com o corpo humano e princípio da responsabilidade por prática biomédica.

4.3.1 Princípio do Consentimento Informado

Segundo este princípio, nenhuma experiência com o ser humano, envolvendo suas partes orgânicas, inorgânicas, psíquicas e espirituais, pode ser realizada sem o consentimento do mesmo.

Esse princípio baseia-se nos princípios bioéticos e também biojurídicos que, por sua vez, têm fundamento no princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988).

O tratamento deve ser explicado ao paciente de forma que ele entenda o procedimento ao qual será submetido, caso haja seu consentimento, levando-se em consideração particularidades pessoais como o nível cultural e o grau de instrução

do indivíduo.

Em tal explicação devem ser abrangidos os possíveis impactos do tratamento na qualidade de vida do futuro paciente, envolvendo não só os fatores biológicos, mas também, os psico-espirituais de sua realidade subjetiva e com o meio social em que vive.

Em caso de doença do futuro paciente, é preciso que lhe sejam prestadas informações sobre suas reais possibilidades de melhora, ou seja, em que grau o beneficiamento poderá se consumir.

O paciente possui o direito de, não só antes de iniciar qualquer tratamento, mas ao longo e a qualquer momento deste, ter todas as suas dúvidas esclarecidas podendo retirar o seu consentimento e interromper o tratamento. Salvo em casos de urgência, ocorrendo perigo de vida para o paciente, o doente recusando a oferta ou constatando-se que a pessoa não está de pleno acordo com o tratamento, este não poderá lhe ser imposto.

Segundo Séguin (1999, p. 28):

[...] Somente quando o pretendente estiver elucidado de todas as possíveis conseqüências da pesquisa deve ser chamado a decidir sobre sua participação. A concordância com ciência das variáveis é mais que um direito seu: é um dever do pesquisador.

Após a Segunda Guerra Mundial, onde os médicos alemães praticaram vários experimentos nos prisioneiros dos campos de concentração, sem, contudo, haver qualquer critério, Código de Nuremberg (1947) tratou da seguinte forma do princípio em comento:

1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia, ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

Por sua vez, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos prevê:

Artigo 5º

b) Em todos os casos é obrigatório o consentimento prévio, livre e informado da pessoa envolvida. Se esta não se encontrar em condições de consentir, a autorização deve ser obtida na maneira prevista pela lei, orientada pelo melhor interesse da pessoa.

e) Se de acordo com a lei, uma pessoa não tiver a capacidade de consentir, as pesquisas relativa ao seu genoma só poderão ser empreendidas com vistas a beneficiar diretamente sua própria saúde, sujeita à autorização e às condições protetoras descritas pela lei. As pesquisas que não previrem um benefício direto à saúde somente poderão ser empreendidas a título de exceção, com restrições máximas, expondo a pessoa a riscos e ônus mínimos e se as pesquisas visarem contribuir para o benefício da saúde de outras pessoas que se enquadram na mesma categoria de idade ou que tenham as mesmas condições genéticas, sujeitas às condições previstas em lei, e desde que tais pesquisas sejam compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo.

Dispõe o Código Civil brasileiro: "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

A Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina prevê em seus princípios gerais:

1. O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de Reprodução Assistida serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Além disso, todo cuidado prévio deve ser dispensado ao paciente em potencial, garantindo-lhe o respeito à sua dignidade, intimidade, privacidade e honra (Constituição Federal de 1988, art. 5º, X), que não podem sofrer restrições não advindas de lei.

4.3.2 Consentimento Informado e Experimentações com seres humanos

É interessante citar aqui alguns exemplos de experimentações com seres

humanos, questão polêmica, que está intimamente relacionada à bioética, e que denota a importância do princípio do consentimento informado e de sua obrigatoriedade, garantindo ao ser humano o respeito à sua dignidade.

A medicina, por essência, é uma ciência experimental. A história da experimentação é tão antiga quanto a da medicina. Na Alexandria, acredita-se que os médicos realizavam a vivissecção nos criminosos condenados, pois entendiam que apenas a dissecação não era suficiente para aprender anatomia (LETTI, 1972).

Ocorrido nos EUA, entre 1932 a 1972, o caso Tuskegee, segundo Vieira (1987) tem sido objeto de divulgação e reflexão nestes últimos anos: durante esse período, o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América realizou uma pesquisa, cujo projeto escrito nunca foi localizado, que envolveu 600 homens negros, sendo 399 com sífilis e 201 sem a doença, da cidade de Macon, no estado do Alabama. O objetivo do Estudo Tuskegee, nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a evolução da doença, livre de tratamento. Vale lembrar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratados.

Não foi dito aos participantes do estudo de Tuskegee que eles tinham sífilis, nem dos efeitos desta patologia. O diagnóstico dado era de “sangue ruim”. Esta denominação era a mesma utilizada pelos Eugenistas norte-americanos, no final da década de 1920, para justificar a esterilização de pessoas portadoras de deficiências.

A contrapartida pela participação no projeto era o acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral. Durante o projeto foram dados, também, alguns prêmios em dinheiro pela participação. A inadequação inicial do estudo foi a de não tratar, pois não havia uma terapêutica comprovada para sífilis naquela época. A outra inadequação foi a da não aplicação do princípio do consentimento informado, já que houve a omissão do diagnóstico conhecido e o prognóstico esperado.

Em 1997, o governo norte-americano decidiu fazer um pedido de desculpas formais a todos os que foram enganados durante o experimento de Tuskegee, existiam apenas 8 (oito) pessoas ainda vivas (LEVINE, 2005).

Na Segunda Guerra Mundial, os médicos alemães praticaram vários experimentos nos prisioneiros dos campos de concentração, sem, contudo, haver qualquer critério.

Em 1997, o governo norte-americano divulgou um relatório em que admite a realização de pesquisas com material radioativo em seres humanos desde 1944. Já no ano de 1998, começaram as investigações sobre a utilização de pessoas em testes químicos realizados pelo apartheid entre 1981 e 1984 (JONAS, 1994).

No Brasil, o que chamou a atenção foi a declaração do uso de crianças em creches, que recebiam a colaboração do governo, para a experimentação de alimentos em pó, sem informação aos responsáveis pelos menores. Muitas crianças tiveram diarreia e vômitos (UNICEF, 2006).

Com a finalidade de evitar a prática de novos excessos em nome da ciência, foram criados comitês de ética em vários países. Esses comitês são compostos, dentre outros, por juristas, médicos, sociólogos, parlamentares e biólogos e eles têm aceitado a justificativa do interesse terapêutico para a utilização do corpo humano em experiências. Quando se tratar de experiências em que não esteja presente o interesse terapêutico, deve ser requerido o parecer do comitê.

Quando as experiências são realizadas em humanos e com o fito terapêutico, deve existir o consentimento expresso das pessoas envolvidas. Esse consentimento deve ser por escrito, podendo ser revogado a qualquer tempo. Antes de consentir, a pessoa deve ser muito bem esclarecida acerca da experiência, quais os objetivos, os métodos, os possíveis efeitos, enfim, uma noção geral de toda a pesquisa.

O consentimento dos menores deve ser fornecido pelos pais ou responsáveis, mas, sempre que possível, crianças e adolescentes que sejam aptos a manifestar sua vontade devem ser ouvidos. Todavia, se a recusa do menor gerar-lhe algum prejuízo, sua vontade poderá ser suprida pela dos pais ou até mesmo por determinação do Juízo da Infância e da Juventude.

Destaca-se que as pessoas que se submetem às experiências não podem ser remuneradas. Dessa forma, não há a possibilidade de que pessoas que tenham como único interesse a lucratividade sejam envolvidas em pesquisas de cunho social.

Geralmente, cada país tem uma política de pesquisa que deve respeitar o consentimento, além da não comercialização do corpo humano.

No Brasil, o artigo 218 da Constituição Federal trata de ciência e da tecnologia, dispondo que o Estado deve promover o desenvolvimento científico e apoiar as empresas que investem em pesquisa.

A Resolução nº1 do Conselho Nacional de Saúde (2002) traz normas e aspectos éticos que servem de baliza para as pesquisas com seres humanos, determinando sempre o respeito à sua dignidade e à proteção dos seus direitos. A lei deve assegurar o princípio da dignidade humana, aliando-se a proteção à saúde pública ao progresso científico.

No âmbito internacional, alguns documentos foram elaborados com o intuito de servirem de guia às pesquisas com seres humanos.

Nesse sentido, informa Tereza Rodrigues Vieira (1999) que o primeiro desses documentos foi o Código de Nuremberg, que data de 1947 e que instituiu a primeira declaração internacional sobre os aspectos éticos da pesquisa em seres humanos. Esse código foi criado após a Segunda Guerra Mundial, quando do julgamento dos médicos nazistas que realizaram experiências em prisioneiros de guerra. Tratou-se de um fato inédito e de um marco sobre a questão.

Em 1964, na 18ª Assembléia da Associação Médica Mundial realizada na Finlândia, foi aprovado um documento que continha normas éticas relativas à pesquisa em seres humanos. Referido documento ficou conhecido como Declaração de Helsinque I e estabeleceu a distinção entre as pesquisas clínicas terapêuticas e não terapêuticas.

Posteriormente, a 29ª Assembléia da Associação Médica Mundial ampliou a Declaração de Helsinque I, produzindo a Declaração de Helsinque II. Esse novo documento incluiu aspectos importantes no conceito de pesquisa médica, podendo-se citar os seguintes exemplos: a necessidade do consentimento consciente do paciente dado livremente após a prestação das informações necessárias sobre o experimento e que os interesses da ciência e da sociedade não tenham preferência sobre o bem estar social (princípio da beneficência).⁵

O Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas conjuntamente com o comitê consultivo sobre pesquisas médicas da Organização Mundial de Saúde (OMS) elaborou a Proposição de Normas Internacionais Para a Pesquisa Biomédica Envolvendo Seres Humanos. Essa proposição é uma forma de regulamentação da Declaração de Helsinque, adaptando-a às condições socioeconômicas, legais e administrativas dos países em desenvolvimento. De acordo com essa proposição, as crianças não podem ser utilizadas em pesquisas

⁵ As Declarações encontram-se disponíveis em <http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm> Acesso em: 21 jun. 2004.

que possam ser feitas em adultos; as gestantes e lactentes não podem ser submetidos a pesquisa não terapêutica que possa acarretar risco para o feto ou para o neonato e os doentes e deficientes mentais não podem ser usados em experiências que somente podem ser feitas em adultos com total domínio das faculdades mentais (Organização Mundial de Saúde, 2006).

A criação de diversos códigos que tratam da experimentação humana demonstra que essa atividade não é totalmente dotada de bondade moral. Por isso, a sociedade deve pensar com muita seriedade e responsabilidade sobre a experimentação.

4.3.3 Princípio do não aviltamento do corpo humano

Como a maioria dos outros princípios do biodireito, o princípio do não aviltamento do corpo humano encontra seus fundamentos no princípio constitucional e universal de proteção à dignidade da pessoa.

Esse princípio está intrinsecamente associado à idéia de não-valorização patrimonial do corpo humano e suas partes. Dessa forma, proíbe qualquer comercialização com componentes bióticos que constituem o corpo humano, em parte ou em todo, inclusive quando se tratar de cadáver humano, pois em vida abrigavam os componentes psico-espirituais do homem. Após a morte materializa-se a lembrança de que, à época em que o processo vital daquele ente era ativo, sua individualidade humana foi capaz de manifestações sentimentais e aspectos que traduziam dignidade.

Nesse sentido, os princípios da bioética, assim como os do biodireito, traduzem a preocupação de que a integridade física e moral do homem seja preservada, quanto a manipulações com seu corpo e partes do mesmo.

O Código Civil brasileiro traz a seguinte previsão:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita

do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

4.3.4 Princípio da não Patenteabilidade do conhecimento sobre experimentação com o corpo humano

Expõe Santos (1998, p. 203-214):

A concessão de patentes e direitos de propriedade intelectual é considerada como um direito de propriedade dada a um inventor, excluindo a terceiros da fabricação, utilização ou venda da invenção. A invenção pode consistir em qualquer processo, máquina, fabricação ou composto novo e útil, ou qualquer melhora nova e útil.

[...] Cremos que os seres vivos não se encaixam bem nos rígidos esquemas das patentes, criadas fundamentalmente para produtos industriais inanimados. O conceito global de direitos humanos é ameaçado, já que não só os seres humanos, como partes de seu corpo, poderão ser exclusivamente propriedade dos titulares de patentes. Entre as razões éticas ao não patenteamento de formas vivas, está o fato de que a vida não é uma mercadoria sobre a qual se possam conceder ou ostentar direitos ou monopólios.

[...] A busca da patenteabilidade das seqüências do genoma humano com fins de exploração comercial das seqüências do genoma humano, centrada sobre seu caráter não patrimonial.

Não obstante tal posicionamento, seguido por vários, outros países autorizam tal patenteabilidade como, por exemplo, ocorre com Portugal.

Porém, entende-se que as técnicas e conhecimento atinentes a caracteres biológicos, são de relevante interesse público, sendo bens cujo titular é a toda a humanidade.

Além disso, seria inconcebível que tanto poder seja dado a uma pessoa de Direito Privado externo ou interno. O patenteamento, ao contrário do alegado pelas empresas privadas, dificultaria o acesso às novas tecnologias, pelos gastos que os estados e outras pessoas despenderiam para obter permissão para usufruir as descobertas biomédicas.

Dar patentes dessas técnicas a pessoas privadas é um atentado contra a verdadeira beneficência, chegando a tanger o universo da maleficência e aviltamento do corpo humano, pois a dignidade humana e o bem comum não podem ser preteridos em função de interesses privados mercantilistas.

Entregar o patrimônio de todos a um indivíduo ou demais pessoas, de maneira que esses possam até manipular o acesso dos meios de cura, seria algo muito injusto à população em geral.

Como patrimônio universal, o conhecimento referente à manipulação do corpo humano desde o momento de sua formulação já poderia ser utilizado inclusive pelos próprios Estados, para benefício de seus povos, como também de outros países, sem nenhum ônus financeiro advindo de pagamento a outrem para obter o uso do conhecimento.

Dispõe a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos:

Artigo 12

a) Os benefícios resultantes de progresso em biologia, genética e medicina, relacionados com o genoma humano, deverão ser disponibilizados a todos, com as devidas salvaguardas à dignidade e aos direitos humanos de cada pessoa.

Artigo 19

a) No marco da cooperação internacional com países em desenvolvimento, os Estados deverão procurar incentivar medidas que permitam:

3. beneficiar os países em desenvolvimento, como resultado das realizações da pesquisa científica e tecnológica, de maneira que seu uso, em prol do progresso econômico e social, possa beneficiar a todos;

4. promover o livre intercâmbio de conhecimentos e informações científicas nas áreas de biologia, genética e medicina.

b) As organizações internacionais pertinentes deverão apoiar e promover as iniciativas dos Estados visando aos objetivos antes relacionados.

4.3.5 Princípio da Responsabilidade por Prática Biomédica

Assim como os demais, este princípio está estritamente ligado aos princípios da não-maleficência, beneficência, autonomia e justiça. Tal princípio pode ser evocado toda vez que houver lesão em procedimento biomédico, ou advindo de atitude proveniente da existência de alguma prática biomédica, de acordo com a legislação de cada Estado.

Cada país prescreve normas com a finalidade de solucionar os desequilíbrios jurídicos oriundos de danos, responsabilizando o causador seja na área civil, seja na penal, seja em ambas.

O Código Civil de 2002, no capítulo em que trata dos Direitos da Personalidade prevê:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Referido princípio envolve, além da responsabilidade por erro médico, a responsabilidade do Estado por danos que poderia evitar, mas não obedeceu ao seu dever legal de proporcionar saúde a sua população.

O paciente, por sua vez, possui o dever de preservar a dignidade do profissional de saúde que o assistiu, inclusive quando ocorrido dano em que, legalmente, não se possa responsabilizar referido profissional. Isso porque em vista da situação jurídica criada e consubstanciada no procedimento biomédico sobre ele incidem deveres legais, diretamente ou de forma imediata.

Expõe a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos:

Artigo 8

Toda pessoa tem direito, em conformidade com as normas de direito nacional e internacional, a reparação justa de qualquer dano havido como resultado direto e efetivo de uma intervenção que afete seu genoma.

Artigo 13

Dar-se-á atenção especial às responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo meticulosidade, cautela, honestidade intelectual e integridade na realização de pesquisa, bem como na apresentação e utilização de achados de pesquisa, no âmbito da pesquisa do genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. As pessoas responsáveis pela elaboração de políticas públicas e privadas no campo das ciências também têm responsabilidade especial nesse respeito.

Artigo 21

Os Estados deverão tomar medidas apropriadas para incentivar outras formas de pesquisa, capacitação e divulgação de informações que promovam a conscientização da sociedade e de todos seus membros acerca de sua responsabilidade em questões fundamentais relativas à proteção da dignidade humana, que possam ser levantadas por pesquisa nos campos da biologia, genética e medicina, e por suas aplicações. Os Estados também deverão facilitar a discussão aberta desse assunto, assegurando a liberdade de expressão das diversas opiniões sócio-culturais, religiosas e filosóficas.

Andrade Júnior (2002, p. 223-282), acerca da Responsabilidade por Prática Biomédica:

[...] Esta pode ser convertida em princípio do Biodireito, pois espelha o princípio geral de personalidade que é a da persecução da justiça, norteadora da concretização da dignidade, utilizando-se, como forma, a idéia que a pessoa é detentora de dignidade, vida, saúde, honra, integridade, a serem protegidas pelo Direito. Isso porque, para se seguir o referido princípio geral, deve existir, no Direito, outros que viabilizem essa

tarifa. Nesse sentido, há o princípio o qual traduz a idéia de que devem existir normas que imputem, em abstrato, ao infrator o dever de reparar um dano, ou seja, a possibilidade de ser punido por alguma ilicitude e de retirar a validade de atos jurídicos contrários aos fins do Direito. Em outras palavras, é imprescindível a existência de regras de domínio público capazes de propiciar a segurança necessária para a vida social, onde o sujeito sabe que agindo com correção, em um sistema jurídico calcado na busca da justiça, terá a tranquilidade de ver sua dignidade preservada contra atos atentatórios a esta. Assim, um princípio de responsabilidade premia os que conspiram para o sucesso do Direito, estimulando tal comportamento, e sanciona os infratores, desestimulando-os [...].

[...] Outrossim, o que torna o princípio da responsabilidade um princípio, é o fato de ser uniforme para todos os fatos de que cuida o Direito, dando identidade doutrinária ao sistema, o que participa da intenção de propiciar segurança. Portanto o Biodireito, como o Direito das Obrigações, como o Direito de Família, por exemplo, tem o liame uniformizador da responsabilidade jurídica. Dentro do campo do Biodireito, seus subgrupos são alinhavados pela responsabilidade por prática biomédica, em vista do fato biomédico. Isso porque a culpa, a presunção desta e o risco são, segundo sistemáticas setoriais, evocados para regulamentar a responsabilidade jurídica em todas as áreas do Direito [...].

5 TRATADOS INTERNACIONAIS

5.1 Definição

Incorre-se, aqui, da clonagem humana e Direito Internacional. Desse modo, cumpre ressaltar os tratados internacionais, uma vez que a eventual influência do direito alienígena será exercida no país através da ratificação e influência desses instrumentos no ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o conceito de tratados internacionais dispõe João Grandino Rodas

O fenômeno convencional é uma constante desde a antigüidade, e por força da intensificação da solidariedade internacional, operou-se modificação fundamental, consubstanciada no aparecimento dos tratados multilaterais e no surgimento das organizações internacionais permanentes (RODAS, 1991, p. 7).

Tratado é o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público⁶ destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional. É um ato jurídico que envolve a manifestação de vontade de pelos menos dois sujeitos internacionais (bilateral ou multilateral).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) define:

Artigo 2º - a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Observa-se que a Convenção de Viena de 1986 - Tratados entre Estados e Organizações Internacionais - dispõe em seu artigo 1º que as organizações internacionais podem celebrar tratados. Assim, ao lado dos Estados, as organizações internacionais passam a atuar na ordem internacional, assinando tratados para o cumprimento de seus objetivos.

Rezek (2002, p. 21) define o tratado internacional como: "acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos

⁶ Estado / Estado; Estado / Organização Internacional ou Organização Internacional / Organização Internacional.

jurídicos”.

Já Quoc Dinh, Dailler e Pellet (1999, p. 107) expõem:

Em virtude da antigüidade do tratado como processo de criação de obrigações jurídicas entre Estados, os elementos constitutivos da sua definição encontram-se solidamente estabelecidos. São objecto de um acordo geral na doutrina, sob reserva de pequenas diferenças de redação entre os autores. O tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional.

5.2 Recepção dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O processo de internalização de um tratado na ordem jurídica interna brasileira é composto de quatro fases.

A **primeira fase** denomina-se **negociação** e é aquela onde as partes discutem as condições e os termos do tratado a ser celebrado.

No Brasil, esta função é exercida pela União⁷, através do Ministério das Relações Exteriores, sendo executada por seu Ministro, ou pessoa por este designado, que detém poderes para discussão, geralmente em conjunto com um grupo de pessoas⁸, que tem como função auxiliá-lo na elaboração do texto do tratado a ser celebrado, especialmente para que se verifiquem todas as peculiaridades da matéria objeto do acordo e, ainda, para que esta não colida com a legislação constitucional ou infraconstitucional.

Ultrapassada a negociação, encontrando-se as partes de acordo quanto ao texto final do tratado, prossegue-se o processo de internalização com a **segunda fase**, qual seja, a **assinatura**⁹ do tratado que, no Brasil, conforme prescrito na Constituição da República, compete privativamente ao Presidente da República¹⁰, ou pessoa por este indicado¹¹, ato que deve ser **referendado**¹² pelo Congresso

⁷ Art. 21, I, da CF/1988.

⁸ Geralmente composto por diplomatas de carreira e por especialistas sobre a matéria a ser pactuada, e, às vezes, também por políticos designados para aquela missão.

⁹ Também chamada de celebração. Para a maioria dos doutrinadores, em relação ao Brasil, a assinatura de um tratado acarreta a responsabilidade do Estado em relação a todos os signatários do ato, não gerando obrigação na ordem interna, o que somente acontece após a ratificação deste.

¹⁰ Art. 84, VIII, da CF/88

¹¹ Denominado Plenipotenciário.

¹² *Referendum*. Art. 84, VIII, da CR/88.

Nacional¹³, sendo essa a **terceira fase**.

Devido à inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de uma forma específica para a recepção de tratado internacional, este segue uma forma similar ao do processo legislativo adotado para a lei ordinária federal, que se diferencia desta pelo fato de não haver sanção presidencial, mas sim haver a expedição de um decreto legislativo pelo Presidente do Senado quando da sua aprovação por aquela Casa, que será ratificado pelo Presidente da República por um decreto executivo.

Após a celebração do tratado, este é enviado ao Congresso Nacional¹⁴ pelo Presidente da República através de *Mensagem ao Congresso*, iniciando-se o trâmite pela Câmara dos Deputados, quando o seu Presidente profere a leitura desta *Mensagem*, encaminhando-a, a seguir, para a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional para a análise e parecer quanto aos aspectos materiais do pacto convencionado.

Feita referida análise, coloca-se em votação e, aprovada a matéria pela maioria dos seus membros¹⁵, passa-se à elaboração do Projeto de Decreto Legislativo, a ser encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para a análise quanto à constitucionalidade, legalidade, juridicidade e técnica legislativa¹⁶.

Com o parecer favorável da referida Comissão¹⁷, o Projeto de Decreto Legislativo é colocado em votação¹⁸ no Plenário da Câmara, oportunidade em que os seus membros poderão apresentar emendas¹⁹.

¹³ Art. 49, I, da CR/88.

¹⁴ Uma das principais funções do Congresso Nacional e de suas duas Casas – Câmara dos Deputados e Senado Federal – é a elaboração de normas legais (função legislativa). Trata-se do processo legislativo que compreende a elaboração de decretos legislativos, cujas normas disciplinadoras encontram-se no art. 59 e seguintes da Constituição Federal, no Regimento Interno de cada uma das Casas e no Regimento Comum do Congresso Nacional.

¹⁵ Para que seja colocado em votação há a exigência do quorum mínimo de maioria absoluta dos membros da Casa e a aprovação pela maioria dos presentes.

¹⁶ Denominada fase de controle prévio de constitucionalidade. Caso o julgamento da Comissão seja pela não aprovação do Projeto de Decreto Legislativo, dada sua inconstitucionalidade, este é arquivado, nem mesmo sendo enviado ao Plenário para votação. Contudo, caso haja algum recurso quanto a este julgamento feito pela Comissão, este será apreciado pelo Plenário, e, se acolhido, o Projeto de Decreto Legislativo segue o seu curso, com a remessa ao Plenário para votação.

¹⁷ De acordo com o artigo 56 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, os projetos de lei e demais proposições distribuídos às Comissões serão examinados para que seja proferido parecer, este que será discutido e votado pelo Plenário da Comissão, sendo aprovado, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações das Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros, prevalecendo em caso de empate o voto do Relator.

¹⁸ Para que seja colocado em votação há a exigência do quorum de maioria absoluta dos membros da Casa. Vide art. 183 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

¹⁹ Se proposta qualquer emenda ao Projeto de Decreto Legislativo, este volta à Comissão de

Sendo o Projeto de Decreto Legislativo aprovado²⁰ e publicado no Diário Oficial, este segue para o Senado Federal, oportunidade em que o seu Presidente determina seja este submetido, primeiramente, à aprovação da Comissão de Relação Exteriores e Defesa Nacional e, posteriormente à aprovação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, quando então, caso haja sido aprovado, segue para o Plenário do Senado Federal para a aprovação²¹, observadas as mesmas exigências da Câmara dos Deputados.

Aprovado o Projeto de Decreto Legislativo, ele será promulgado pelo Presidente do Senado Federal, transformando-se em Decreto Legislativo, que deverá ser encaminhado para publicação no Diário Oficial da União.

Após a publicação, o Decreto Legislativo é encaminhado ao Presidente da República²² para **ratificação** e **promulgação**, caracterizando a **quarta fase** do processo de internalização, quando então é expedido Decreto Executivo que, depois de publicado, internaliza o tratado internacional ao direito interno pátrio, com o *status* de lei ordinária federal²³.

Constituição, Justiça e Cidadania para análise da constitucionalidade ou não da emenda. Se aprovada a emenda pela Comissão, o Projeto volta para votação em Plenário. Se a referida Comissão entender ser a emenda inconstitucional, o Projeto retorna ao Plenário para votação sem a mesma.

²⁰ Para que seja aprovado há a exigência do voto da maioria dos membros presentes na votação. Vide art. 183 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

²¹ A fase para propositura de emendas ocorre quando o Projeto é colocado em votação. Se proposta qualquer emenda, o Projeto é remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, seguindo-se os moldes da Câmara dos Deputados. Sendo aprovado com emendas, o Projeto de Decreto Legislativo deverá retornar à Câmara dos Deputados para decisão da questão em caráter final.

²² Art. 84, IV, da Lei Maior.

²³ Em relação aos tratados relativos aos direitos humanos, a serem analisados posteriormente, a Emenda Constitucional 45/04, acrescentou o § 3º ao artigo 5º, dispondo que se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Tendo em vista que a constituição brasileira é omissa quanto ao *status* adquirido pelos demais tratados celebrados e incorporados à legislação pátria, este *status* de lei é conferido pela doutrina e jurisprudência.

5.3 Tratado Internacional e Norma Interna

5.3.1 Teoria Dualista

Lançada por Triepel (Alemanha) e defendida por Anzelotti (Itália) e Oppenheim (Inglaterra), de acordo com Boson (1994), a teoria dualista defende a existência de 2 (dois) ordenamentos jurídicos distintos - interno e internacional - dotados de fontes jurídicas diversas e destinadas a diferentes sujeitos. Porém, as normas internacionais poderiam ser recebidas pelos ordenamentos jurídicos nacionais, restando a esses, quando da solução de conflitos de normas, resolvê-los segundo o seu próprio direito interno. Em resumo, a norma internacional vale independentemente da regra interna e somente terá eficácia no âmbito doméstico depois de transmudada, através da recepção interna, em lei interna. Guido Soares, sobre a teoria dualista:

[...] defende a existência de duas ordens jurídicas, a internacional e a interna, totalmente distintas e somente comunicantes, a partir do momento em que tivesse havido uma internalização da norma internacional. A consequência seria, portanto, de inexistência de conflitos entre os ordenamentos jurídicos, o interno e o internacional, mas tão-somente uma questão de conflito entre duas normas, suscitada no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, aquela tipicamente nacional e aquela internacional "internalizada", conflito este a ser resolvido segundo as regras nacionais (SOARES, 2002, p. 203).

Observa-se assim que, segundo a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno constituem dois sistemas distintos e não se confundem. O direito internacional diz respeito às relações entre Estados, à vontade comum dos Estados e gera obrigações entre eles. Já o direito interno consiste na imposição do Estado ao indivíduo, nas relações entre indivíduos e gera obrigações entre eles.

Alain Pellet et al. (1999, p. 85) expõem:

[...] os dualistas fundamentam as suas convicção sobre as diferenças fundamentais que detectam entre o direito internacional e o direito interno, diferença que os tornam irreduzíveis um ao outro. Não têm ponto de contato senão a responsabilidade internacional. Para os dualistas não podem existir conflitos entre normas interna e internacional porque estas não têm o mesmo objeto e não regulam as mesmas relações sociais. A norma interna se aplica exclusivamente no quadro do Estado e não penetra,

enquanto norma, na ordem jurídica internacional. Um tratado não será recebido em direito interno senão à custa da sua introdução formal nesta ordem e da sua transformação em lei ou regulamente nacional, podendo aí ser aplicado no direito interno. Os sujeitos do direito não devem ser os mesmos nas duas ordens jurídicas. Cada um tem um campo de aplicação bem delimitado, um nas relações interestatais, e o outro nas relações interindividuais. O direito internacional não pode reger as relações entre indivíduos no mesmo quadro interno.

Complementa Accioly (1998, p. 61-62):

O direito internacional e o direito interno são dois sistemas distintos, independentes e separados, que não se confundem. Salientam que num caso se trata de relações entre Estados, enquanto no outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos. Outro argumento é que o direito internacional depende da vontade comum de vários estados, ao passo que os direitos internos dependem da vontade unilateral do Estado. Em consequência o direito internacional não cria obrigações para o indivíduo, a não ser que as suas normas sejam transformadas em direito interno.

Celso Ribeiro Bastos assevera que, de acordo com a perspectiva dualista, "não há ponto de contato entre o direito internacional e o direito interno e cada um deles é inoperante no que diz respeito à possibilidade de produzir efeitos no outro". Neste caso, "se uma lei comum dispuser de forma contrária ao tratado, prevalece no território do Estado a lei ordinária e na esfera mundial o tratado", não produzindo o conflito de normas desses dois níveis a revogação ou anulação de qualquer delas (BASTOS, 1996, p. 53).

A tese dualista, contraposta ao monismo kelseniano, visa, assim a resguardar a soberania do Estado em face de uma ordem internacional que é desigual de fato, pois consubstanciada em países hegemônicos, seja militar ou economicamente, em detrimento de Estados que, a todo tempo, são instados a declarar sua independência. Além disso, não se pode descurar que, em face da diversidade dos temas acordados em tratados, a maior parte das normas editadas em instâncias internacionais não possuem, como pretendia Kelsen, a natureza jurídica de normas materialmente constitucionais, capazes, portanto, de nortear as Constituições locais. (COELHO; KELSEN; FERRAZ JÚNIOR, 1999).

Assim, torna-se imprescindível que os Estados estabeleçam em suas Constituições, uma clara atribuição de competências para celebrar tratados internacionais, bem como o procedimento formal para a incorporação dos tratados ao sistema normativo interno e a relação hierárquica dos tratados com as demais

normas do ordenamento jurídico.

5.3.2 Teoria Monista

Para a teoria monista o direito internacional e o direito interno fazem parte de um mesmo sistema jurídico. A ordem jurídica internacional determina a validade das ordens jurídicas nacionais, formando com elas uma norma jurídica única. A doutrina monista não parte do princípio da vontade dos Estados, mas sim de uma norma superior. Em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais. Haverá situações, porém, em que uma norma prevalecerá sobre a outra, por isso a doutrina divide essa teoria em monismo com primado do direito internacional e monismo com primado do direito interno.

Segundo Boson (1994, p. 35):

As concepções monistas defendem o princípio da unidade de Direito Internacional e Direito Interno, como um bloco único de regras jurídicas, integradas num vasto sistema normativo. Não há duas ordens jurídicas estanques - como afirmam os dualistas - cada uma válida exclusivamente na sua órbita, mas um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades.

O monismo com primado do direito internacional teve como maior precursor Hans Kelsen, da Escola de Viena, formulando a conhecida imagem da pirâmide das normas, sendo que no vértice encontra-se a norma fundamental, que vem a ser a regra do direito internacional público do "*pacta sunt servanda*".

Essa teoria sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas. Volta-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denuncia, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes. Afinal, o relacionamento entre os povos só seria possível, segundo os defensores dessa teoria, em face da superioridade das normas internacionais sobre as normas internas de cada coletividade, sem o que a sociedade internacional daria lugar à uma relação onde o

mais forte simplesmente subjugaria o mais fraco.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados adotou em seu artigo 27 a regra da teoria monista com primado do direito internacional: "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Já o monismo com primado do direito interno teve como maior precursor Hegel. Esta teoria determina que a soberania do Estado é absoluta e que deve haver primazia do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Dá-se relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional, exaltando a Constituição, estimando que no seu texto ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.

Propendem, conforme atestou Rezek (2002), ao nacionalismo e culto da Constituição, dando especial relevo à concepção soberana de cada Estado e à efetiva descentralização da sociedade internacional. Destarte, postulam que nenhuma ordem jurídica pode sobrepor-se àquela criada pelo Estado, que receberia 'status' de último poder político dentre os engendrados sobre os indivíduos.

Essa visão monista foi aceita por teóricos e juristas dos Estados da Alemanha nazista e da União Soviética, especialmente pela possibilidade da transformação do poder político em algo dotado de caráter absoluto, capacitando-o à retirada da vida e liberdade dos seres humanos considerados indesejáveis ao sistema estatal destes regimes totalitários.

Hee Moon Jô (2000, p. 60) prelecionou conceituando a unidade do afluyente pensamento monista, bem como discriminando suas duas subespécies, tal como abaixo se transcreve:

Repelindo a idéia de duas ordens jurídicas distintas (DI e direito interno), os pensadores monistas defendem a tese da ocorrência de uma única ordem jurídica. E o fazem sob dois pontos de vista: O primeiro defende a idéia de que o direito interno é superior ao DI, e o segundo de que o DI é superior ao direito interno.

Os que defendem a primeira idéia, particularmente Wenzel, Verdross, Korovin e outros, crêem ser o Estado possuído de independência e soberania absolutas e o DI ser apenas parte do direito interno, utilizado nas relações internacionais. A teoria leva ao extremo a negação do DI.

Os que defendem a segunda idéia, sendo inicialmente de inspiração kelseniana, entendem que os estados soberanos e independentes convivem entre si através de base jurídica superior, que é justamente o DI. Portanto, se houver conflito, o DI é sempre superior ao direito interno.

É importante mencionar que, nos dias atuais, a discussão sobre ambas as doutrinas perdeu o sentido, por diversos motivos, dentre eles, a dinâmica que envolveu as relações internacionais no final do século XX e começo do novo milênio. O que ocorre na verdade é um falecimento, senão das doutrinas, mas pelos menos, das discussões que as envolvem. Pois, torna-se claro que é a Constituição de cada Estado que vai determinar as regras para incorporação dos tratados internacionais ao direito interno.

Porém, não basta verificar-se a constitucionalidade de um tratado, pois há também que se ter em conta a compatibilidade da própria Constituição com as normas cogentes de Direito Internacional, de aplicação geral e obediência compulsória por todos os Estados, por expressarem valores permanentes da comunidade internacional. Dentre estes estão os que dizem respeito aos Direitos Humanos que prevalecem sobre eventuais valores de comunidades nacionais com eles contrastantes, evidenciado a seguir.

5.4 Noções sobre Tratados Internacionais de Direitos Humanos

No presente estudo, torna-se necessário ainda, abordar a relação específica entre os tratados internacionais sobre Direitos Humanos e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Justifica-se tal abordagem pelo fato de considerar que a matéria atinente à clonagem humana constitui espécie de referidos tratados, ou seja, entende-se que eventuais tratados, que tenham em seu conteúdo a clonagem humana, classificam-se como tratados sobre Direitos Humanos.

Em primeiro lugar, será explicitado, rapidamente, o que vêm a ser direitos humanos. Essa definição, como explica Flávia Piovesan aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fundada na

universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diz-se universal "porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição"; e indivisível "porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade" (PIOVESAN, 1997, p. 26)

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, a esse respeito, dispõe no seu parágrafo 5º:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Entendem-se os direitos humanos como princípios de base moral estando intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles podem ser vistos como expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade, entre indivíduos e Estados. Os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico adotado. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos direitos humanos pode fazer reivindicações de legitimidade.

A existência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948,²⁴ e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (v.g., o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos assinados no âmbito Organização Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos "direitos humanos contemporâneos" (WEIS, 1999, p. 18).

²⁴ Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Nascidos dos horrores da Segunda Guerra Mundial, tendo como fonte o surgimento do chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos" (*International Human Rights Law*), estes acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana, têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis Henkin,

institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional (HENKIN et al., 1993, p. 375-376)

E como expõe Garcia (2004, p. 63):

[...] O homem - na sua condição humana - é um ser universal. Os direitos humanos decorrem da condição humana; são, portanto, de caráter universal, aplicando-se ao ser humano, onde se encontre, bem como a tudo que detiver a qualidade humana.

Essa *qualidade de universal* dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana faz com que permaneçam situados acima da própria soberania do Estado - motivo pelo qual, neste particular aspecto dos direitos humanos, o seu reconhecimento e efetividade, em termos internacionais, independem de que o Estado, no exercício da sua soberania, reconheça essa universalidade imperando, nesse caso, a ordem internacional [...]

5.5 Tratados Internacionais e Ordenamento Jurídico Pátrio

Como foi citado anteriormente, as normas de introdução do tratado ou convenção no ordenamento pátrio são o decreto de aprovação, do Legislativo e o decreto de execução, do executivo. Isso dá conforme disposição dos arts. 84, VIII, e 49, I; que respectivamente estabelecem competir privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Portanto, o Estado brasileiro para inovar sua ordem jurídica por meio do tratado internacional, deve obter a conjugação de vontades dos poderes executivo e judiciário, o primeiro com competência para firmar o tratado e segundo para aprová-lo (SIQUEIRA JÚNIOR, 2003).

Dentro das espécies do Processo Legislativo está previsto no art. 59, VI, da Constituição Federal, o Decreto Legislativo. Este tem a função de regular matérias de competência exclusiva Dentro das espécies do Processo Legislativo está previsto no art. 59, VI, da Constituição Federal, o Decreto Legislativo. Este tem a função de regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, entre elas, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais [...]”, art. 49, I. As matérias de decretos legislativos são aprovadas por *quorum* simples, presente a maioria absoluta de cada casa, conforme estabelece o art. 47 da Constituição.

Após a tramitação e aprovação congressional, o ato internacional é promulgado por meio de decreto presidencial, momento em que o tratado ou convenção recebe o *exequatur*, passando a ter eficácia no Direito Brasileiro. Como já ressaltado, o decreto presidencial de promulgação não é imperativo constitucional ou legal, mas é praxe que vem sendo adotada desde o Império, assevera Francisco Rezek (2002).

Mas diante do acima exposto, qual será a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro? Observando-se com atenção a evolução das Constituições brasileiras é possível perceber que nunca houve vontade do Constituinte brasileiro de se inserir qualquer disposição sobre a posição hierárquica do tratado internacional diante do Direito Interno nos textos constitucionais. À ausência de dispositivos constitucionais, essa tarefa coube à doutrina e jurisprudência.

Em ambas, doutrina e jurisprudência, tem prevalecido a teoria monista no caso de conflitos entre tratados e leis internas. Todavia, essa posição monista não é completamente uniforme, sendo possível dizer que na doutrina brasileira há uma preponderância da teoria monista, contra uma parca corrente da teoria dualista.

Além das teorias dualista e monista, há ainda, três correntes doutrinárias, dentro de uma visão mais monista, sendo por vezes radical e por outras moderada, prevalecendo mais esta, acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais, com interpretações distintas.

Na primeira corrente, entre outros, filiam-se Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuolli. Flávia entende que por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, os tratados de direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional e têm aplicação imediata, já os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional, mas supra legal, dessa forma, não podem ser revogados por lei posterior como o restante das

leis (PIOVESAN, 2003).

Assim sendo, o entendimento esposado por esta moderna corrente entende que existem dois regimes jurídicos em matéria de instrumentos internacionais no Brasil. O regime jurídico comum, para os tratados em geral, com status hierárquico igual ao das leis ordinárias, e o regime jurídico especial e próprio dos tratados em matéria de direitos humanos, com status hierárquico equiparado ao de normas constitucionais, devido às disposições constantes dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal. Em conseqüência do status constitucional dos tratados de direitos humanos, nenhuma norma legal poderia sobrepor-se às normas de um tratado que venha a proteger direitos e garantias individuais. Aceitar essa teoria seria admitir que, por meio do decreto legislativo, a Carta Constitucional pudesse ser emendada.

Não seria razoável que tratados referendados por decreto legislativo e aprovado por maioria simples, viessem ser equiparados ou mesmo revogar uma norma constitucional, a qual exige, para ser modificada, maioria qualificada, de três quintos, do Congresso Nacional e aprovada em dois turnos de votação. Isso resultaria em comprometimento da segurança jurídica, associado à flexibilização da rigidez constitucional. É esse o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para ele o reconhecimento de estatura constitucional a tratados sobre direitos humanos resultaria em “admitir que a Constituição, concebida como um texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para efeito da adição de novos direitos”. Neste sentido, uma possível contrariedade a tratado ensejaria recurso especial, ao contrário da disposição constitucional que prevê o recurso extraordinário ao STJ. (MENDES, 1996, p. 178).

Além disso, a Constituição, em seu art. 102, inciso III, alínea b, confia ao Supremo o controle da constitucionalidade tanto das leis quanto dos tratados internacionais, por considerá-los normas infraconstitucionais, ou seja, no mesmo nível hierárquico, formal e material das leis ordinárias. Se fosse admitida essa hipótese, implicaria admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Esse é mais um impedimento para que seja adotada a posição da primeira corrente, que defende o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos.

Diante dessa exposição, claro está que o Brasil consagrou o princípio da supremacia da Constituição, baseado na teoria de Kelsen, ao conceder ao Supremo Tribunal

Federal competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados (COELHO; KELSEN; FERRAZ JÚNIOR, 1999)

Outro argumento utilizado pela primeira corrente é de que os tratados seriam recebidos na ordem jurídica interna como DI e não como leis internas, estariam submetidos a uma cláusula geral de recepção plena. E sendo assim seus efeitos só poderiam ser suspensos por procedimentos próprios e não por meio de leis ordinárias. Esse entendimento vem de encontro ao entendimento de que as normas de DI só se tornam válidas no ordenamento interno após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo que traz o conteúdo do tratado em seu corpo. Seria flagrantemente inconstitucional admitir a incorporação automática de tratado, prescindindo da aprovação pelo Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo e da publicação de decreto executivo, para que produza os seus efeitos na ordem jurídica interna e internacional, uma vez que se trata de disposição constitucional o procedimento de recepção dos tratados, conforme estabelece o artigo 49, I, combinado com o art. 84, VIII da Constituição Federal.

O tratado uma vez em vigor, por meio de um decreto legislativo, poderá revogar lei anterior se incompatível com o seu texto, assim como lei posterior poderá revogar um decreto legislativo no que com ela seja incompatível. Isso forçará a denúncia do tratado na ordem internacional, pois essa é a maneira formal de um Estado comunicar a outra parte o seu intento de não mais cumprir o tratado. Se houver qualquer ofensa ao texto de um tratado ou lei federal o instrumento adequado é o Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o artigo 105, inciso III, alínea "a". O Supremo só se manifesta com relação aos tratados ou lei federal quando for para declarar a inconstitucionalidade de um deles, conforme artigo 103, inciso III, alínea "b", reafirmando, dessa forma, a infraconstitucionalidade e igualdade hierárquica de ambos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou esse entendimento no RE nº 80.004/SE, de 1º de junho de 1977, que teve como relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto.

Esse Recurso Extraordinário refere-se ao julgamento envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 24/01/1966, e a edição posterior do Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. O conflito versava sobre garantia

cambiária, o aval aposto em nota promissória. E como esta não foi registrada no prazo decadencial, conforme disposição do Decreto-Lei nº 427, de 22/01/69, ocorreu a nulidade por vício de forma. Porém, a despeito disso, o credor (recorrido) moveu contra o avalista (recorrente) ação ordinária de cobrança, julgada extinta em face de vício formal verificado. O Tribunal de Justiça do Sergipe reformou a decisão de primeira instância, sustentando que a falta de registro do título, por si só, não invalidaria a responsabilidade do avalista, que poderia ser executado pela vias ordinárias. Diante disso, o avalista interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de divergência jurisprudencial. O recorrido alegava, por sua vez, a invalidade do Decreto-Lei 427, de 22/01/1069, face à Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra, no ponto que cominava sanção de nulidade para cambial não levada a registro instituído pelo referido Decreto-Lei, que teria indevidamente alterado ou derogado a Convenção de Genebra. O STF recebeu o recurso para verificar a constitucionalidade e validade do Decreto-Lei nº 427/69. A discussão referia-se à obrigatoriedade ou não da necessidade aposição de aval em nota promissória, uma exigência formal de validade do título que não constava do tratado internacional, tendo prevalecido, no caso, o Decreto-lei 427/69, confirmando o princípio da *lex posterior derogat priori*. *In verbis* a ementa do RE 80.004-SE:

Promissórias - Aval aposto à nota promissória não registrada no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 1977, p. 83).

Outro argumento utilizado por aqueles que têm posicionamento semelhante aos partidários da primeira corrente, é de que por força do art. 98, do CTN, que dispõe: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Combinado ao fato de o Código Tributário Nacional ter sido recepcionado pela nova Constituição de 1988, como lei complementar, este teria o condão de estipular a hierarquia dos tratados, dando-lhes prevalência sobre a legislação

infraconstitucional.

A discussão quanto à constitucionalidade e efetividade do artigo 98 do CTN, ainda está em aberto. Porém quando do julgamento, pelo STF, do RE 80.004-SE, o ministro Cunha Peixoto, relator do recurso, sustentou, referindo-se ao art. 98 do CTN que: “[...] se para a legislação tributária há um dispositivo específico sobre a irrevogabilidade do tratado por lei ordinária, este não é o princípio geral, pois se o fosse o art. 98 não teria finalidade.”

A doutrina classifica os tratados internacionais em duas espécies diferentes, conforme a sua finalidade: tratados normativos e tratados contratuais. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com base nesta distinção, posicionaram-se no sentido de que a norma contida no artigo 98 do CTN seria aplicável apenas aos tratados de natureza contratual, isto é, aos acordos firmados pelo Brasil a respeito de assuntos específicos.

Seguindo essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 90.871-PE, de 17, de julho, de 1997, manifestou entendimento no sentido ser defeso à União “firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido”, portanto o artigo 98 do CTN deve ser interpretado em consonância com o artigo 151, III, da Constituição Federal.

Dessa forma, quando se tratar de isentar tributos estaduais, distritais e municipais, a União estará invadindo a competência estabelecida pela própria Constituição Federal, na medida em que só pode isentar quem é capaz de instituir o tributo. Caso contrário implicaria admitir que a União estaria autorizada a interferir na competência tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além de estar por permitir a inversão dos princípios básicos do federalismo (DUARTE, 2002), onde os entes federados, originalmente, delegam poderes ao ente central, a União, para que esta, em nome e interesse daqueles e segundo os poderes constitucionalmente conferidos, exerça o poder central.

Para a segunda corrente os tratados internacionais têm natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais. São defensores dessa corrente, entre outros, Haroldo Valadão, Hildebrando Accioly e Oscar Tenório. Haroldo Valadão citado por Dolinger (1996), adepto da concepção monista radical de Kelsen, assevera que o DI tem os seus próprios meio de revogação dos tratados, que é a denúncia, por exemplo, para ele nem mesmo uma nova Constituição pode afetar tratados em vigor,

ou seja, a disposição interna ainda que seja de natureza constitucional, não poderá prevalecer se contrária a um preceito internacional incontestável em vigor, ou de direito internacional convencional. Para Accioly citado por Ariosi (2000, p. 161) todo tratado é direito especial, ao passo que a lei pode ser considerada direito comum, baseada no princípio pelo qual *“in toto jure genus per speciem derogatur”*, isto é: “em todo o direito, o geral é revogado pelo especial”. Os tratados equivalem às leis especiais, por tratar-se de um acordo internacional entre diferentes Estados, não podendo, em consequência, ser revogado por leis ordinárias nacionais posteriores, sob pena de responsabilização do Estado na ordem internacional e de instaurar-se uma grave crise de credibilidade em futuras negociações de acordos internacionais do país com outras nações. Oscar Tenório, por sua vez, seguindo a mesma posição do monismo radical de Accioly, entende que lei posterior não pode revogar tratado anterior, mas a recíproca não é verdadeira, pois o tratado pode interferir na validade de lei anterior, na medida do comprometimento dos signatários, dessa forma “o tratado apenas suspende temporariamente a aplicação da lei entre os Estados signatários” (DOLINGER, 1996, p. 81).

Para aqueles os doutrinadores que defendem status de norma especial aos tratados frente às leis internas, infraconstitucionais, há vários exemplos que os mesmos utilizam para justificar o posicionamento. O primeiro exemplo é o entendimento aposto ao art. 98 do CTN, em que o tratado prevalece sobre o direito interno, alterando a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. O segundo refere-se aos casos de extradição, onde se considera que a lei interna, Lei 6.815 de 19/08/1980, que é regra geral, cede vez ao tratado, que é regra especial (BARROSO, 1998). O terceiro refere-se à situação prevista no artigo 178 da C. F., alterado pela Emenda nº 7 de 1995, o qual trata da ordenação dos transportes internacionais, conferindo primazia ao tratado pelo fato da última parte do artigo estabelecer que “[...] devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendendo ao princípio da reciprocidade (AZEVEDO, 2003, p. 31-48)”.

A despeito das justificativas acima, de alguns doutrinadores monistas radicais, Luís Roberto Barroso assevera que a orientação do Supremo Tribunal Federal é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular,

mas prevalece a norma posterior sobre a anterior. Ele afirma que existem apenas duas exceções no que se refere à equiparação entre tratado e lei ordinária, na jurisprudência do Supremo, que são as do artigo 98 do CTN e da Lei igualdade hierárquica entre tratado e lei (BARROSO, 1998).

A mesma sorte de interpretação têm os tratados sobre direitos humanos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e por parte da doutrina monista moderada, ou seja, o tratado de direitos humanos se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, conforme verificado linhas atrás e entendimento da terceira corrente.

Na terceira corrente, entre outros adeptos, está Manoel Gonçalves Filho, Roque Antônio Carrazza, Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes. Para esta corrente há paridade entre os tratados e as demais normas, ou seja, as normas estrangeiras ingressam em nosso ordenamento interno como normas infraconstitucionais ordinárias, independentemente de tratarem de matérias de direitos humanos ou não (FERREIRA FILHO, 1988).

5.5.1 O alcance do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, surgiram várias classificações dos direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, § 2º. Dentre as várias classificações, surgiu a de Siqueira Júnior, que classifica os direitos fundamentais em dois grupos distintos:

a) direitos imediatos - são os direitos e garantias expressos de forma direta na Constituição (art. 5º, I a LXXVII);

b) direitos mediatos - são os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, direitos implícitos, e os expressos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo o autor, os direitos imediatos, são explícitos na medida em que estão claramente enumerados no texto constitucional. Já os mediatos são implícitos na medida em que não estão enumerados no texto constitucional; como o próprio nome designa surgem de forma mediata, pois decorrem do regime e dos princípios da República Federativa do Brasil, bem como dos direitos expressos nos tratados

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Porém, para o Professor Celso de Albuquerque Mello, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não apenas empresta hierarquia constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos, mas, além disso, faz com que a norma internacional prevaleça sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma Constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada, cuja grande vantagem é a de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais (MELLO, 1999, p. 25). Essa é uma visão extremamente radical. Os partidários dessa teoria defendem a supremacia do tratado internacional frente à Constituição, é a teoria da internacionalização do direito constitucional. Essa não é a corrente majoritária.

O posicionamento adotado pelo legislador originário é de que existem outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira, além daqueles dispostos de forma explícita ou implicitamente na Constituição Federal e que decorrem dos tratados de que o Brasil faça parte. Por isso Manoel Gonçalves Ferreira Filho se referindo ao § 2º, do artigo 5º, da Constituição, afirma que:

O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece (FERREIRA FILHO, 1983, p. 632).

Não é pelo fato de o constituinte originário admitir a não exclusão das normas internacionais de proteção aos direitos individuais, que estas passam a ter status de norma constitucional, mas uma vez que não há norma expressa na Constituição que possa consagrar a supremacia do DI. Isso significa que essas normas devem ser consideradas como integrantes do ordenamento protetor dos direitos individuais, e serem observadas pelo aplicador do direito na esfera interna.

5.5.2 Posição jurisprudencial : hierarquia dos tratados e conflito entre estes e a lei interna (antes do advento da Emenda Constitucional 45/04)

Os tribunais superiores mantêm, há muito, posição pacífica em relação ao

conflito entre lei e tratado. O RE nº 80.004/SE, de 1º de junho de 1977, que teve como relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto, julgou o conflito de competência envolvendo - a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 24/01/1966 - e o Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária. A discussão referia-se à obrigatoriedade ou não da necessidade aposição de aval em nota promissória, uma exigência formal de validade do título que não constava do tratado internacional. Prevaleceu, no caso, o Decreto-lei 427/69, confirmando o princípio *da lex posterior derogat priori*. In verbis a ementa do RE 80.004-SE:

Promissórias - Aval apostado à nota promissória não registrada no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre letras de Câmbio e Notas aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁵

Entendem os magistrados que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a vigor com 'status' de lei federal. Neste sentido, acórdão da 3ª Turma do STJ in verbis: "O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro se regula pela sucessão no tempo".²⁶

Todavia, esta prevalência da lei sobre o tratado não significa revogação. Apenas nos pontos em que exista antinomia, o tratado deixará de ser aplicado, em benefício da norma legal. Dessa forma, "o tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal". Por isso mesmo, "a lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado".²⁷

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ 27 nov. 1995.

²⁷ BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. DJ 29 abr. 1996.

O STF, em recente decisão, por seu Plenário, na ADIn. 1.480 - DF, de que foi relator o Min. Celso de Mello, posicionou-se sobre o conflito entre tratado e lei infraconstitucional. Explica o Ministro:

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. [...]

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os atos internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.[...]

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame da constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno [...]

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.[...]

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar sobre matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar ”.²⁸

No RHC 79.785, em que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, a excelsa Corte, afirmando a prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, assentou que:

[...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (C. F., art. 102, III, b).²⁹

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. Informativo do STF, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785. DJ 22 nov. 2002.

Por outro lado, quanto à interpretação que vem sendo dada ao artigo 98 do Código Tributário Nacional, o STJ já se pronunciou reiteradas vezes sobre o tema, assentando que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.O artigo foi interpretado por eminentes internacionalistas como norma que consagra a corrente monista que concede primazia ao Direito Internacional.

Essa concepção, entretanto, não logrou êxito em nossos tribunais, que têm lhe dado interpretação restrita, nos termos que se seguem:

O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno,mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.³⁰

No mesmo sentido:

Se o acórdão recorrido é expresso em afirmar que as mercadorias foram importadas sob o regime de tratado contratual e não de tratado normativo, de caráter geral, não há divisar ofensa ao acórdão do GATT, nem ao art.98 do CTN.³¹

A respeito da matéria o Recurso Especial 90.871-PE, da 1ª Turma do STJ, julgado em 17 de junho de 1997 :

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. ICMS. TRATADO INTERNACIONAL.

1. O sistema tributário instituído pela CF/88 vedou à União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III). 2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido. 3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna. 4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional. 5. Recurso especial improvido.³²

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. DJ 21 fev. 1994.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. DJ 28 abr. 1997.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

5.5.3 Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e Emenda Constitucional 45/04

A Emenda Constitucional nº 45, acrescentou o § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo estabelece a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, terem status de emenda constitucional, desde que obedecidos dois requisitos: o conteúdo do tratado ou convenção ser sobre direitos humanos e a sua deliberação parlamentar obedecer aos limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais, quais sejam, deliberação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, só sendo aprovado se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros parlamentares. Prevê o art.5º, §3º, CF/ 88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Essa Emenda veio por fim à discussão doutrinária interminável sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio. Especialmente a corrente que tem como expoentes Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. Para eles, como salientado anteriormente, os direitos e garantias constantes dos instrumentos internacionais incorporam-se automaticamente à Constituição. Esse entendimento baseava-se na interpretação combinada do §1º e §2º, do art. 5º, em que a norma oriunda de tratados de direitos fundamentais seria auto-aplicável, passando esses tratados à esfera de cláusula pétrea. Esse entendimento já não será mais possível. Agora, efetivamente, poderão os tratados sobre direitos humanos virem a ter status constitucional, mas somente se preenchidos os requisitos do § 3º, do art. 5º.

A segunda corrente citada - aqueles que defendiam os tratados internacionais com natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais - também teve seu entendimento superado. Como foi asseverado anteriormente, são defensores dessa corrente, entre outros, Haroldo Valadão, Hildebrando Accioly e Oscar Tenório. Para eles, o DI tem seus próprios meio de revogação dos tratados, como por exemplo, a

denúncia, não sendo possível outro meio e as leis internas não podem prevalecer, sob nenhuma hipótese, sobre os tratados (DOLINGER, 1996). Agora, porém, diante da alteração constitucional, não há mais dúvida quanto à posição hierárquica dos tratados, especialmente daqueles sobre direitos humanos. A depender do quorum de aprovação dos tratados sobre direitos humanos, este terá status de norma constitucional, caso contrário, continuará com a mesma hierarquia de lei ordinária que sempre teve.

Cabe salientar que os tratados ou convenções, de direitos humanos ou não, continuarão a ser incorporados com o status anterior, ou seja, de lei ordinária, esta é a regra geral. O processo de celebração de tratados disciplinados nos arts. 84, VIII, e 49, I, da Constituição Federal, há de ser observado para todos os tratados e convenções internacionais, sejam eles tratados comuns ou sobre direitos humanos. Dessa forma, a regra de competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo e autorizar este último a ratificá-los, não ficou suprimida pelo disposto no novo § 3º, do art. 5º da Carta de 1988, já que a participação do parlamento no processo de celebração de tratados internacionais no Brasil é uma só, aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra.

E ainda, para Mazzuoli, o novo procedimento introduzido pelo § 3º do art. 5º da Constituição, para os tratados de direitos humanos, poderia ser assim resumido:

[...] Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no Diário Oficial da União, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo quorum qualificado do § 3º do art. 5º.[...]
(MAZUOLI, 2005, p. 99).

Continua o autor, a dizer que não se deve confundir o referendo legislativo para os tratados, estabelecido no art. 49, I da Constituição, materializado pelo decreto legislativo, aprovado por maioria simples e promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com uma possível segunda manifestação do Congresso, para fins de decidir se atribui status hierárquico de emenda constitucional ao tratado internacional de direitos humanos, conforme o § 3º do art. 5º da Constituição (MAZUOLI, 2005, p. 99-100).

Atribuir o status de emenda é um ato discricionário do Congresso Nacional e

dependerá de seu julgamento de oportunidade e conveniência, quando da análise do caso concreto.

Diante do novo quadro jurídico, algumas perguntas são imprescindíveis, entre elas: qual será o status dos tratados sobre direitos humanos, já integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, antes da aprovação da Emenda 45? Seria possível a aprovação desses tratados com status de emenda constitucional? Poderão vir a ser submetidos ao processo estatuído no § 3º, e assim passar a ter status de emenda constitucional, ou continuar com hierarquia de lei ordinária?

Várias são as interrogações. Mas com a recente tramitação na Câmara dos Deputados de um Projeto de Resolução (LEITE, 2006) que visa a alterar o rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, é possível imaginar uma resposta para esses questionamentos. Essa Resolução propõe acrescentar o “Capítulo I- A’ - Dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos”, ao Título VI, “art. 2003-A”, do Regimento Interno da Câmara.

O Projeto prevê, em seu art. 203 - A, que recebida a Mensagem do Presidente da República, contendo tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, no prazo de dez sessões, um terço dos deputados poderá subscrever requerimento, que será submetido à votação no Plenário, para solicitar a equivalência do tratado à emenda constitucional, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda nº 45, de 2004.

Mas caso o referido tratado ou convenção não obtenha número de votos suficientes, previstos no § 3º, do art. 5º, da CF, ou seja, para obter status de emenda constitucional, será considerado aprovado, se obtiver o número mínimo de votos para aprovação por maioria simples, que é o quorum do decreto legislativo, considerando-se aprovado ordinariamente.

O § 7º estabelece também que o Presidente, quando do envio da mensagem contendo tratado ou convenção sobre direitos humanos ao Congresso Nacional, tem também legitimidade para requerer equivalência à emenda constitucional. Acrescenta o § 9º, do Projeto que o tratado ou convenção terão tramitação ordinária se o requerimento previsto no art. 203-A, for rejeitado ou não haja pedidos no sentido de dar ao tratado ou convenção status de emenda.

A grande inovação desse projeto foi a previsão expressa do § 10, de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil

antes da promulgação do Emenda 45, poderão ser objeto de requerimento de um terço dos deputados para que passem a ostentar o status de Emenda Constitucional. De certa forma, essa disposição só veio reforçar o pensamento de parte da doutrina, a respeito da Emenda Constitucional 45, como bem asseverou José Levi Mello do Amaral Júnior, ao comentá-la:

Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do § 3º do artigo 5º, combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter status constitucional. Em função do caráter alternativo do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes.

[...] Em verdade, a maior virtude do novo dispositivo constitucional é sepultar a polêmica referida. Com efeito, não traz nenhuma novidade. Isso porque, já no modelo constitucional originário de 1988, nada impedia que o conteúdo de um tratado ou convenção internacional fosse posto em uma proposta de emenda constitucional - a ser deliberada nos termos do art. 60 da Constituição de 1988 - e viesse a vigorar, por exemplo, como uma lei constitucional autônoma. O que não se poderia admitir - e o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 não o admite - é que um tratado internacional (ainda que sobre direitos humanos), aprovado por maioria simples no Congresso Nacional, gozasse da força de uma norma constitucional sem ter cumprido o especialíssimo processo de emenda do artigo 60 da Constituição de 1988 (AMARAL JÚNIOR, 2005, p. 197).

Antes mesmo do conhecimento desse Projeto de Resolução em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe alteração de seu Regimento Interno sobre o rito dos tratados e convenções, em matéria de direitos humanos, o entendimento de parte da doutrina, não era outro senão o de que nada impediria que aqueles tratados sobre direitos humanos que já se encontravam aprovados pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, em vigência em nosso ordenamento, pudessem obter status de emenda constitucional, desde que submetidos à deliberação estatuída no §3º do artigo 5º.

Acredita-se que poderá haver realmente um movimento da sociedade, no sentido se exigir do Congresso Nacional, a aprovação de tratados tão importantes para a consolidação dos direitos humanos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ambos já ratificados pela República Federativa do Brasil, desde 1992. A isso conclama Mazzuoli (2005, p. 109):

[...] o que se pode esperar [...] é que a sociedade civil impulse um forte

movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

Entende-se que a aprovação dessa Emenda trouxe maior segurança jurídica e proteção dos direitos humanos, na medida em que a partir de agora há expressa disposição constitucional que permite, segundo o poder discricionário do legislador derivado, conceder status constitucional, formal e material, aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Pode-se ainda, segundo o projeto de alteração do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por meio do requerimento subscrito por um terço dos Deputados, submeter os tratados e convenções sobre direitos humanos aos requisitos do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

6 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM NO PLANO INTERNACIONAL

No plano internacional, também, a legislação relativa à clonagem humana e a experimentos com o corpo humano prioriza o respeito aos direitos humanos e a princípios essenciais como a dignidade da pessoa humana.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da qual é signatária a maior parte dos países do globo:

Artigo 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 3º - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

O exposto em referida declaração conserva toda pertinência na atualidade, onde se busca estabelecer critérios éticos e jurídicos necessários para alcançar um equilíbrio entre a liberdade de investigação científica e a proteção da dignidade e dos direitos humanos. Vive-se em um momento no qual os avanços científicos e tecnológicos como se pode citar, dentre outros, a pesquisa com células-tronco, os experimentos genéticos e a clonagem, proporcionaram aos seres humanos uma capacidade sem precedentes de melhorar seu estado de saúde e controlar o processo de desenvolvimento de todos os seres vivos. Mas estes avanços também geraram preocupação acerca das conseqüências sociais, culturais, jurídicas e éticas da rápida evolução da pesquisa biomédica e de suas possíveis repercussões negativas.

Em comum acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho, que expõe de forma clara:

O Direito Internacional e o direito da bioética apresentam diversas formas de exame correlato. Do ponto de vista de seu conteúdo, esta relação procura responder aos imensos e novos aspectos que a genética endereça à humanidade. A experiência da clonagem, a partir de uma simples célula adulta, revelada em fevereiro de 1997, apresentou aspectos técnicos, vinculados à transposição do homem. Tal situação colocou o problema da existência ou não de regras, a nível internacional, que permitam impedir toda a tentativa de fabricar clones humanos.

E prossegue afirmando que:

Quanto às suas fontes, o direito da bioética é precursor, desde que anuncia a diversidade crescente dos modos de sua expressão jurídica no plano internacional. As normas da bioética demandam atos unilaterais das organizações internacionais, com força obrigatória, como as diretivas e os regulamentos comunitários, e dos atos convencionais decorrentes da Convenção do Conselho da Europa sobre a biomedicina e os direitos do homem. Declarações solenes têm valor indicativo e de iniciativa, como a declaração da UNESCO sobre o genoma humano e os direitos do homem. Ao lado das formas clássicas, o Direito Internacional da Bioética é enriquecido direta ou indiretamente em decorrência de numerosos textos publicados pelas organizações não políticas, bem como pelo pelos Comitês de ética internacionais, criados a nível da (sic) União Européia e da UNESCO. Alguns desses textos formalizam normas éticas e não regras jurídicas em sentido estrito (BARACHO, 2000, p. 88-92).

6.1 Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos

Verifica-se que é escassa a regulamentação internacional específica relativa à clonagem de seres humanos. Um instrumento que pode ser considerado um avanço é a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, proclamada pela Unesco, em 1997, estabelecendo a necessidade de proteger o genoma humano, principalmente para as gerações futuras, assegurando também a proteção dos Direitos Humanos, sobretudo, a dignidade dos seres humanos, a liberdade e os limites da pesquisa, assim como a necessidade da solidariedade.

Referida Declaração estabelece diversos aspectos da pesquisa e a necessidade de sua limitação destacando a afirmação da preeminência do respeito à pessoa humana sobre a pesquisa, a promoção de comitês éticos que visam à proteção e à promoção da dignidade humana, a recusa de todo reducionismo genético, a proibição das discriminações, a confidencialidade de dados pessoais, o compromisso dos Estados de promover a educação em bioética e de favorecer o debate aberto igualmente às correntes de pensamento religioso e a realização de um procedimento para dar seguimento à aplicação dessa Declaração.

Observamos a consagração do princípio do biodireito relativo ao consentimento informado como norteador das pesquisas científicas, conforme o disposto no artigo 5º e alíneas, que expõe que a pesquisa, o tratamento e o

diagnóstico que afetem o genoma humano devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios ao paciente, sempre em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional do país.

Ainda com relação ao princípio do consentimento informado, dispõe o artigo 8º da Declaração que deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será informado ou não sobre os resultados da análise genética e das conseqüências dela decorrentes, seria, assim, um direito à não-informação sobre doenças ou características preditivas.

Especificamente sobre as práticas derivadas da utilização dessa biotecnologia e sobre a clonagem prevê a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos:

Artigo 10 - Não deverá prevalecer, nenhuma pesquisa do genoma humano ou das suas aplicações, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana de pessoas ou, quando aplicável, de grupos de pessoas.

Artigo 11 - Não é permitida qualquer prática contrária à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais pertinentes são convidados a cooperar na identificação dessas práticas e na implementação, em níveis nacional ou internacional, das medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Observa-se que art. 11 declara que a clonagem para fins de reprodução de seres humanos é uma prática contrária à dignidade humana e não deveria ser permitida, conclamando os Estados e organizações internacionais para cooperarem na identificação de tais práticas e tomarem as medidas necessárias para assegurar o respeito a seus princípios. Interpretando referido dispositivo, verifica-se que esta formulação não exclui de forma expressa, a clonagem humana para outras finalidades, como para pesquisa ou fins terapêuticos.

A Declaração, em seu artigo 12, b, considera a liberdade de pesquisar parte da liberdade de pensamento, sendo necessária ao avanço do conhecimento e expõe que as aplicações das pesquisas relativas ao genoma humano deverão visar à melhoria da saúde e ao alívio do sofrimento das pessoas e da humanidade como um todo.

6.2 Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Aqui será analisado o Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, uma vez que através dele buscou-se a proibição da clonagem humana.

A Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, foi aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa, em Oviedo, no dia 4 de Abril de 1997, e o *Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos*, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998, cujas versões autênticas em língua francesa e inglesa, e tradução em língua portuguesa.

Ao adotar o Protocolo Adicional são feitas algumas observações como a de que o desenvolvimento científico mundial acarretou o domínio da clonagem de mamíferos, advindos designadamente da cisão de embriões e da transferência de núcleo.

O Conselho da Europa também se mostra bastante consciente dos progressos que determinadas técnicas de clonagem podem trazer, por si só, ao conhecimento científico, bem como às respectivas aplicações médicas.

Verifica-se que a clonagem de seres humanos pode tornar-se uma possibilidade técnica; uma vez que já é, há muito tempo, notório que a cisão de embriões pode ocorrer naturalmente e por vezes originar o nascimento de gêmeos geneticamente idênticos.

Porém, tendo-se em vista que a instrumentalização do ser humano, através da criação deliberada de humanos geneticamente idênticos, é contrária à dignidade do homem e constitui deste modo um uso impróprio da biologia e da medicina; e considerando, também, as grandes dificuldades de ordem médica, psicológica e social que esta prática biomédica, aplicada deliberadamente, pode acarretar para todas as pessoas em causa; e ao se observar que o objeto da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, nomeadamente o princípio enunciado no artigo 1.º, que visa proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade, o

Conselho da Europa institui o Protocolo, aberto à assinatura dos Estados membros.

O artigo 1º do Protocolo Adicional à referida Convenção proíbe a clonagem, ou seja, qualquer intervenção científica cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto esclarecendo que a expressão ser humano “geneticamente idêntico” a outro ser humano significa um ser humano que tem em comum com outro o mesmo conjunto de genes nucleares.

6.3 Declaração Ibero-Latino Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo)

Levando em consideração os constantes avanços tecnológicos e científicos que estão ocorrendo no mundo, as novas descobertas em relação ao conhecimento do genoma humano, clonagem e outras técnicas, e os benefícios que poderão ser obtidos com suas aplicações e derivações, os povos Ibero-Latino-Americanos, mostraram-se interessados em manter um diálogo aberto e permanente sobre as conseqüências dessas inovações para o ser humano. Assim, apresentaram, nos Encontros sobre Bioética e Genética de Manzanillo (1996) e de Buenos Aires (1998), a Declaração Ibero-Americana sobre Ética e Genética, buscando apresentar suas próprias perspectivas, problemas e necessidades.

Em referida declaração, destacou-se a importância da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997), assim como a da Convenção Européia para os Direitos Humanos e a Biomedicina com seu Protocolo Adicional e a adesão aos valores e princípios nela proclamados, como o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais. Acrescenta a declaração que deve existir o respeito à cultura, às tradições e aos valores próprios dos povos.

Interessante notar o disposto na terceira parte da Declaração Ibero-Americana, que reconhece o menor grau de desenvolvimento econômico-social de referidos países e clama por uma maior solidariedade entre os povos, assim como pela realização de programas de informação e educação:

TERCEIRO: Que, dadas as diferenças sociais e econômicas no desenvolvimento dos povos, nossa região participa num grau menor dos benefícios derivados do referido desenvolvimento científico e tecnológico, o que torna necessário:

a) urna maior solidariedade entre os povos, em particular por parte daqueles países com maior grau de desenvolvimento;

b) estabelecimento e a realização por parte dos governos de nossos países, de uma política planificada de pesquisa na genética humana;

c) a realização de esforços para estender de maneira geral à população, sem nenhum tipo de discriminação, o acesso às aplicações dos conhecimentos genéticos no campo da saúde;

d) respeitar a especificidade e diversidade genética dos povos, assim como sua autonomia e dignidade como tais;

e) o desenvolvimento de programas de informação e educação extensivos a toda a sociedade, nos quais se saliente a especial responsabilidade que concerne nessa matéria aos meios de comunicação e aos profissionais da educação.

A Declaração de Manzanillo cita, ainda, alguns dos princípios que devem guiar as ações da genética médica como a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas como parte do direito à saúde, para que possam contribuir a aliviar o sofrimento que elas ocasionam nos indivíduos afetados e em seus familiares; a igualdade no acesso aos serviços de acordo com as necessidades do paciente independentemente de sua capacidade econômica; a liberdade no acesso aos serviços, a ausência de coação em sua utilização e o consentimento informado baseado no assessoramento genético não-diretivo; as provas genéticas e as ações que derivem delas têm como objetivo o bem-estar e a saúde da pessoa, sem que possam ser utilizadas para imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias, nem para a satisfação de requerimentos de terceiros; o respeito à autonomia de decisão dos indivíduos para realizar as ações que seguem aos resultados das provas genéticas, de acordo com as prescrições normativas de cada país e o fato de que a informação genética individual é privativa da pessoa de quem provém e não pode ser revelada a terceiros sem seu expreso consentimento.

A Declaração Ibero-Americana, por fim, e no que se considera uma interessante inovação, resolveu estabelecer uma Rede Ibero-Americana sobre Bioética, Direito e Genética, que sirva para manter o contato e o intercâmbio de

informação entre os especialistas da região, assim como para fomentar o estudo, o desenvolvimento de projetos de pesquisa e a difusão da informação sobre os aspectos sociais, éticos e jurídicos relacionados com a genética humana, demonstrando grande avanço na união dos países em torno das inovações científicas e de suas conseqüências, sempre em busca do respeito aos direitos humanos.

6.4 Organizações Internacionais

Antes de explicitar o posicionamento da Organização das Nações Unidas (ONU), em relação à clonagem humana, torna-se necessária uma breve explicação sobre as organizações internacionais, gênero do qual a ONU constitui espécie.

As organizações internacionais surgem a partir do século XIX e, conforme salienta Mello (2004,p.522): “São uma espécie de superestrutura da sociedade internacional, constituindo um reflexo das relações internacionais e que uma vez criadas passam a influenciar o meio social que lhes deu origem”.

Segundo Seitenfus (2003, p. 21):

As organizações internacionais constituem um espaço de diálogo, por vezes de confronto, que representa um esforço civilizatório significativo no contexto das relações internacionais. Tradicionalmente, o relacionamento interestatal operava-se de forma bilateral. As organizações introduzem o denominado multilateralismo, através da diplomacia parlamentar. Por ser coletiva e pública, esta prática afasta a diplomacia secreta, que sempre foi um dos elementos de desequilíbrio da cena internacional. Criam-se normas que os Estados soberanos obrigam-se a respeitar, para que possam integrar uma organização internacional. É igualmente uma forma de reconhecimento do outro, de aceitação da diferença, que minora a concepção autárquica de Estado.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe: “1. Para os fins da presente Convenção: i) organização internacional significa uma organização intergovernamental”.

As organizações internacionais nascem do acordo de vontade dos Estados e, uma vez constituídas, tornam-se independentes dos membros que as criaram. Uma vez disposto em seu tratado-constituição podem adquirir personalidade jurídica internacional.

Ao lado dos Estados, que são os principais atores no cenário mundial, as organizações internacionais atuam buscando atender às necessidades de cooperação internacional.

6.4.1 Organização das Nações Unidas (ONU) X Clonagem Humana

A Organização das Nações Unidas (ONU), principal organismo internacional da atualidade, é uma instituição internacional formada por 191 (cento e noventa e um) Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta da ONU, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional.

A ONU é constituída por cinco órgãos principais: a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. Todos eles estão situados na sede da ONU, em Nova York, com exceção da Corte, que fica em Haia, na Holanda.

Antes de evidenciar o posicionamento adotado por referida organização internacional, é importante reportar à Assembléia Geral da ONU e ao seu funcionamento.

Assembléia Geral, onde todos os Estados estão representados, tem sido descrita como a instituição mais próxima de um Parlamento de Nações e apresenta-se como uma forma única de “diplomacia parlamentar”. Todos os problemas do mundo são ali apresentados e o voto da Assembléia constitui um bom parâmetro da opinião mundial. Na Assembléia Geral, todos os países podem debater as suas divergências e alcançar acordos sobre como resolver os problemas mais importantes. As decisões, manifestadas sobre a forma de resoluções, embora constituam recomendações a que os Estados-Membros não estão juridicamente vinculados, representam a autoridade moral da comunidade das nações.

Nas palavras de Seitenfus (2003, p. 124):

Todos os Estados-Membros, com direito a um voto, estão representados na Assembleia-Geral, órgão central e pleno das Nações Unidas. Ela reúne-se anualmente de forma regular, mas pode ser convocada, tanto pela maioria dos Estados-Membros quanto pelo Conselho de Segurança, para sessões extraordinárias.

Os Estados-Membros são representados por, no máximo, cinco delegados e cinco suplentes. A reunião regular inicia-se na terceira terça-feira do mês de setembro e estende-se até o final do ano.

[...] A tomada de decisões na Assembleia Geral obedece, para as questões processuais, à maioria simples dos presentes e votantes. Mas para as questões fundamentais, como por exemplo, as envolvendo a segurança, paz, a admissão de novos Membros ou ainda as financeiras, é necessária uma maioria de dois terços.

Em 16 de fevereiro de 2005, um Comitê da Assembleia Geral da ONU aprovou uma resolução que pede às nações que proíbam todas as formas de clonagem humana que não protejam a vida - incluindo aquelas com fins terapêuticos. Com 71 votos a favor, 35 contra e 43 abstenções, a resolução reflete as divisões entre os 191 países membros da ONU. Os países islâmicos se abstiveram alegando falta de consenso sobre o tema.

Referida resolução, adotada no dia 16, pede aos membros que façam mudanças na legislação interna dos países para proibir a clonagem humana "na medida que ela é incompatível com a dignidade humana e com a proteção da vida". O texto do acordo pede também que os países adotem medidas necessárias para proibir a aplicação de "técnicas de engenharia genética que possam ser contrárias à dignidade humana" e exige que as mulheres não sejam exploradas nos estudos das ciências biológicas (MANTIFORD - Associação Cultural, 2005, p. 1).

As discussões começaram em 2001, com uma proposta para elaborar um tratado global que proibisse a clonagem de humanos e que determinasse o comprometimento legal dos governos com seu conteúdo. Já a adoção desta declaração foi proposta pela Itália, que redigiu um texto inicial de consenso, mas que não foi aceito pelo grupo da Bélgica, que com o apoio do Reino Unido e de Cingapura são a favor de se permitir a clonagem com fins terapêuticos.

Este grupo enfrentava um outro liderado pela Costa Rica, com o apoio dos EUA e de cerca de 40 países, que são a favor de proibir todo tipo de clonagem, inclusive com fins de pesquisa terapêutica.

O texto final da declaração foi redigido pelo Marrocos, que preside o VI Comitê, mas o documento teve de ser retirado por falta de apoio do grupo da Bélgica.

Honduras retomou o texto e o apresentou como sendo seu, com o apoio só dos países que queriam proibir a clonagem reprodutiva e a terapêutica.

A Assembléia Geral rejeitou as emendas apresentadas pela Bélgica para suavizar o texto e permitir a pesquisa com células humanas para encontrar a cura de doenças como o mal de Alzheimer, o câncer e a diabetes.

O embaixador adjunto do Reino Unido, Gavin Watson, manifestou que seu país votou contra por considerar que a declaração "pode ser interpretada como um apelo à proibição total de todas as formas de clonagem humana" (MANTIFORD - Associação Cultural, 2005, p. 1).

O Brasil, por sua vez, mostrou-se progressista ao votar contra a declaração da ONU que proíbe todo o tipo de clonagem, reprodutiva ou terapêutica voltada para as pesquisas com células-tronco. Com essa decisão o Brasil associou-se ao bloco dos 35 (trinta e cinco) países mais progressistas como a França, Bélgica, Alemanha, Coréia do Sul, dentre outros, favoráveis a um tratado banindo apenas a clonagem reprodutiva de seres humanos e deixando para os demais países a tarefa de legislar sobre as demais matérias (JORNAL da Ciência, 2007).

6.5 Visão Geral sobre a Regulamentação da Clonagem em Outros Países

Japão - O Japão, em 2000, aprovou lei determinando que a clonagem humana é crime, punível com 10 (dez) anos de prisão. A norma condena a prática pelos impactos na dignidade da pessoa, na segurança biológica da espécie e pela possibilidade de se afetar a manutenção e a ordem da sociedade.

Em 2004, um painel consultivo do governo japonês aprovou, dia 24 de junho, uma diretriz para permitir aos pesquisadores criar embriões humanos clonados sob regras estritas.

O subcomitê de bioética, integrado por 21 (vinte e um) membros, decidiu incluir a recomendação para a clonagem limitada de células humanas num relatório a ser submetido ao Conselho para a Ciência e a Política de Tecnologia. O conselho, que opera sob os auspícios do gabinete, é dirigido pelo primeiro-ministro Junichiro Koizumi.

Observa-se que o painel de bioética tem sido incapaz de tomar uma decisão sobre a questão, devido ao forte desacordo entre seus membros.

Na reunião do dia 24/06/04 , apenas dez membros apoiaram a clonagem humana limitada, enquanto cinco foram contra a prática. O oficial disse que alguns dos outros membros se ausentaram ou se abstiveram de votar.

Os defensores da clonagem limitada dizem que ela poderá ajudar a tratar doenças como câncer, doenças de fígado ou desordens sangüíneas, mas os opositores argumentam que isto criaria um campo minado ético na ciência moderna (RESE, 2004).

Argentina - O Código Penal da Argentina pune com pena de prisão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício pelo prazo de 6 (seis) a 10 (dez) anos, quem proceda à fecundação de óvulos humanos com qualquer fim diferente da procriação humana, aplicando-se a mesma pena à criação de seres humanos idênticos por clonação ou outros procedimentos dirigidos à apuração da raça. Decreto vigente (200/97) no país proíbe qualquer experimento de clonagem relacionado com seres humanos

No ano de 2004, após três anos de trabalho, o Comitê de Ética em Ciência &Tecnologia da Argentina apresentou suas recomendações sobre clonagem humana. A sentença do comitê foi clara: 'Clonagem terapêutica, sim; clonagem reprodutiva, não'.

O grupo espera que as indicações sirvam como 'matéria prima para decisões políticas ante ao vazio normativo operante'. O único antecedente no tema é o citado decreto 200/97, ainda vigente, que proíbe todos os experimentos de clonagem relacionados com seres humanos (COMITÉ Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnologia, 2001).

Estados Unidos - Nos Estados Unidos da América também impera a proibição de experimentos relativos à clonagem humana, havendo, ainda, uma lei datada de 1997 que proíbe o uso de recursos federais para tal finalidade.

Em relação à citada resolução da ONU, os EUA ajudaram a liderar a oposição com uma declaração que viria a se levantar contra a clonagem reprodutiva sob o argumento de que tais pesquisas acabariam levando à destruição de vida humana e deveriam ser proscritas, enquanto deixou o tema da clonagem com fins terapêuticos para decisão individual de cada país.

Em julho de 2005, um grupo de congressistas republicanos e democratas apresentou nesta ao Senado um projeto de lei que proíbe a clonagem humana e a pesquisa neste sentido nos Estados Unidos. "Vamos deixar as coisas claras: a clonagem humana reprodutiva é ruim", disse a senadora democrata Dianne Feinstein, principal defensora da lei, junto com seu colega republicano Orrin Hatch.

"É imoral e antiético, e não se deve permitir esta prática sob nenhuma circunstância", declarou Feinstein, que sublinhou que a lei apresentada é "simples, direta e poderosa: proíbe a clonagem humana".

No início do mês de fevereiro de 2006, o presidente dos Estados Unidos - George W. Bush - pediu ao Congresso que proíba a clonagem em todas suas formas, algo que classificou como "um abuso da pesquisa médica".

Em um discurso no Congresso para informar sobre o Estado da União, Bush (2006, p. 1) afirmou que uma sociedade de esperança é aquela que reconhece o valor inigualável de cada vida.

Esta noite peço que seja aprovada uma legislação que proíba as formas mais aberrantes de pesquisa médica: a clonagem humana em todas suas formas, a criação ou implante de embriões para experimentos, a criação de híbridos animais-humanos e a compra, venda ou o patente de embriões humanos [...]

A vida humana é um dom de nosso Criador e esse dom nunca deve ser descartado, desvalorizado ou colocado à venda [...] acrescentou.

França - A legislação francesa relativa a bioética, data de 1994. Porém, em 2000, foi anunciada a possibilidade de mudança na sua política sobre clonagem humana, através da revisão legislativa do uso de células embrionárias a partir das do cordão umbilical, para conseguir células que auxiliem em novas terapias (as já descritas células - tronco), inclusive para a melhoria das técnicas de inseminação artificial (DINIZ, 2003).

Na data de 27 de julho de 2006, foi criado um relatório parlamentar francês relativo às células-tronco. O documento, intitulado "Células-tronco e eleições éticas", é obra do professor de medicina e deputado do partido conservador Pierre-Louis Fagniez, e foi entregue ao primeiro-ministro da França, Dominique de Villepin (FOLHA on line, 2006).

Em janeiro, Fagniez foi encarregado por Villepin de analisar os debates, tanto

na França como no exterior, sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias e sobre a clonagem terapêutica nos campos científico, ético e jurídico. "Chegou o momento de autorizar o recurso da clonagem terapêutica", afirmou o legislador ao apresentar hoje seu relatório. Ele disse que esta técnica tem "vantagens próprias", (FOLHA *on line*, 2006, p. 1). como a obtenção de células-tronco, além de evitar a barreira imunológica e ter acesso a células-tronco patológicas.

Em seu relatório, Fagniez propõe dez medidas, incluindo as já mencionadas, que visam à revisão em 2009 da lei de bioética de 2004. Essa lei proíbe a clonagem terapêutica e as pesquisas com células-tronco embrionárias, mas, de forma derogatória e por um período de cinco anos, permite certos trabalhos que levem à destruição de embriões fecundados *in vitro* e que já não se inscrevam em um projeto familiar.

O deputado propõe que se passe de um regime de revogação parcial a "um regime de autorização", sob o controle da Agência de Biomedicina, criada em 2004.

A clonagem terapêutica também ficaria sob o controle "estrito" dessa agência, diz Fagniez, que prefere se referir a esta técnica como transferência nuclear de material ou "clonagem não reprodutiva".

Há três dias, os países da União Européia chegaram a um acordo político que permitirá continuar financiando com fundos europeus os projetos de pesquisa com células-tronco embrionárias nos países onde estas práticas sejam autorizadas.

Segundo informou o serviço de imprensa, Villepin pediu aos ministros de Saúde e Pesquisa que, antes do fim de outubro de 2006, apresentem propostas para reforçar a "informação e formação" dos franceses sobre os desafios éticos da evolução científica.

As pesquisas sobre clonagem reprodutiva, na França, continuam proibidas.

Inglaterra - A clonagem reprodutiva é proibida pela legislação inglesa, desde 1990 (DINIZ, 2003). Em fevereiro de 2002, um comitê da Câmara dos Lordes britânica decidiu que a clonagem terapêutica deve ser permitida, sob certas condições. A legislação é a primeira no mundo a autorizar a criação de embriões especificamente para pesquisa. A Associação Médica Britânica emitiu um comunicado apoiando a decisão.

Mas tal permissão gerou a ainda vai causar muita polêmica entre a sociedade. A lei já havia sido instituída em 2001, mas sua aplicação havia sido suspensa pela Justiça britânica em novembro de tal ano, após intensos protestos de

grupos antiaborto.

Ativistas contrários à clonagem acreditam que o governo está colocando a primazia científica acima das questões éticas e morais envolvidas na criação de embriões. E continuam temendo que a clonagem terapêutica seja um convite à clonagem reprodutiva. Para eles deveria haver uma moratória internacional à clonagem de embriões até que um banimento sobre a clonagem reprodutiva estivesse em ação (UNESCO, 2005).

Na Europa, outros países como a Itália, Espanha e Grécia também ratificam a proibição de pesquisas relativas à obtenção de clones humanos.

Austrália - A legislação australiana que regula a pesquisa relativa às células-tronco embrionárias foi aprovada em agosto do 2002 e não incluiu pesquisas sobre a clonagem de seres humanos. O governo da Austrália havia legislado separadamente sobre clonagem e experimentação com células-tronco de embriões humanos.

Em dezembro de 2006, o Parlamento da Austrália propõe uma lei que permitirá a clonagem terapêutica e a pesquisa com células-tronco embrionárias. O governo e as principais forças de oposição anunciaram que votariam contra.

A lei, proposta por um grupo de parlamentares liderado pela senadora liberal Kay Patterson, foi aprovada com 82 votos a favor e 62 contra. O Senado aprovou o projeto de lei com 34 votos a favor e 32 contra, em votação realizada em novembro de 2006.

"Não acho que a ciência tenha avançado tanto para justificar uma mudança de opinião do Parlamento e, por isso, votarei contra", disse o primeiro-ministro australiano, John Howard.

O novo líder da oposição, Kevin Rudd, que substituiu Kim Beazley esta semana, afirmou que "é muito difícil apoiar um regime legal que permite a criação de uma forma de vida humana para o único e explícito objetivo de fazer experimentos".

O Ministro da Defesa da Austrália, Brendan Nelson, foi um ferrenho defensor desta lei no debate, realizado no Parlamento australiano. "Devemos isto à próxima geração", defendeu Nelson (DOURADO, 2006, p. 1).

7 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA CLONAGEM NO PLANO INTERNO

Estando em debate um dos assuntos mais importantes que até hoje a humanidade já enfrentou, a responsabilidade em conduzir para um caminho certo o conhecimento alcançado é essencial. Deve haver racionalidade e consciência. No Direito, essa consciência significa dirigir as ações e prover, através de regras, a sobrevivência do ser humano no seu valor maior.

Acredita-se que os operadores do Direito, não podem ficar inertes diante de uma situação que poderá revolucionar toda a sociedade. Se a ciência médica passa à frente da ciência jurídica, equacionando questões mal compreendidas, tem-se o dever de vencer a ignorância e a superstição geradas.

No Brasil, a pesquisa genética é abrangida pela Constituição Federal de 1988.

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, incube 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 de vida, a qualidade da vida e ao meio ambiente.

Dentre os princípios constitucionais que regem a matéria, destacam-se o já explicitado princípio da dignidade humana (art. 1º, III); o direito à vida (art. 5º, *caput*); assim como o direito à saúde (art. 196).

Deve ser lembrado que a constitucionalização dos direitos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela.

[...] é defeso, em nome de promessas de melhoria de qualidade de vida, que se pratiquem atentados contra a existência, as liberdades individuais e

a inviolabilidade da pessoa humana, procurando justificar as posições assumidas nos parâmetros apresentados pelo Biodireito, pela Bioética e pela própria Constituição Federal, que cuidou de estender a dignidade da pessoa humana a todos os direitos fundamentais que contenham as características inerentes à historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade [...] (SANTOS, 2001, p. 268).

Segundo alguns estudiosos, a clonagem seria inconstitucional, pois, além do disposto no artigo 225, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, garante o direito à vida, e não apenas ao nascimento. O artigo 226 da Carta Magna, ainda, expõe que o ser humano tem direito a um desenvolvimento harmônico. Isso seria impossível ao retalharem-se e descartarem-se embriões.

Além disso, a própria essência da técnica de clonagem, duplicação de material genético já existente sem modificação, opõe-se a diversidade do patrimônio genético a que faz menção, o art. 225, § 1º, Inciso II da Carta Magna.

7.1 Lei de Biossegurança (11.105/2005)

A Lei n. 11.105/2005 - Lei de Biossegurança - revogou a Lei 8974/95 e, disciplinando o texto constitucional, estabeleceu normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados - organismo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética (OGM) e estabelece como suas diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente

e o descarte de OGM e seus derivados.

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.

Em seu artigo 3º, a Lei de Biossegurança trata expressamente da clonagem, conceituando-a como o processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética. Ainda no mesmo artigo há a definição dos termos: clonagem para fins reprodutivos, entendida como aquela com a finalidade de obtenção de um indivíduo; clonagem terapêutica - clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica e células-tronco embrionárias - células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

Em relação às células-tronco, visualiza-se um relativo avanço na legislação brasileira, ao estabelecer a permissão, para fins de pesquisa e terapia da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento (os chamados embriões excedentários), desde que sob as condições de serem embriões inviáveis; ou congelados há no mínimo 3 (três) anos, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Na leitura do referido dispositivo, considerou-se bastante vaga a expressão “embriões inviáveis”: seriam os inviáveis para a fertilização em geral? Ou os considerados inviáveis para aquele determinado procedimento? Para aquela pessoa ou aquele casal que se submeteu à referida fertilização especificamente?

Os parágrafos do artigo 5º, da Lei 11.105/2005, dispõem ainda em relação à utilização de embriões que, em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores e que instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Por fim, veda-se a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (instrumento normativo que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e

partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento)

A partir dessas questões, percebe-se que a clonagem humana é expressamente proibida, de acordo com o artigo 6º da Lei de Biossegurança, assim como a engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN (ácido desoxirribonucléico e ácido ribonucléico) natural ou recombinante (a referida Lei define moléculas de ADN/ARN recombinante como: moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural) realizado em desacordo com as normas previstas na citada Lei e a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano. A vedação legal se estende à destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação, liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação.

Além disso, a Lei de Biossegurança define como crime determinadas condutas, entre elas a realização de clonagem humana, conforme os artigos seguintes:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (grifo nosso)

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as

normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1o (vetado)

§ 2o Agrava-se a pena:

I- de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II- de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III- da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV- de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

7.2 Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos (CTNBio)

A Instrução Normativa 08/97, emitida pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio dispõe, especificamente, sobre a manipulação genética e sobre a clonagem de seres humanos e encontra-se em consonância com determinado posteriormente pela Lei 11.205/05.

A Lei de Biossegurança define a CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, como a instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB (Política Nacional de Biossegurança) de OGM (Organismos Geneticamente Modificados) e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zootossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente. A CTNBio deverá, ainda, acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais, das plantas e do meio ambiente.

Em relação à clonagem em humanos, a Instrução Normativa define em seu artigo 1º, IV, que essa consiste em um processo de reprodução assexuada em humanos. A citada instrução também apresenta termo “clonagem radical”, definindo-o como o processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou conjunto de células geneticamente manipulada(s) ou não.

A instrução governamental em questão veda expressamente as atividades com humanos relativas às células germinais ou totipotentes, definidas como células embrionárias ou não, com qualquer grau de ploidia, apresentando a capacidade de formar células germinais ou diferenciar-se em um indivíduo. Verifica-se assim, que se encontra vedada, segundo a Instrução Normativa 08/97, a clonagem terapêutica, ou seja, a experiência com células-tronco.

O artigo 2º, II, veda também os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem, ou seja, reprodutiva ou terapêutica.

7.3 Código de Ética Médica e Conselho Federal de Medicina

Em observância a esses princípios e normas positivas, o Código de Ética Médica estabelece, em seu art. 5º que “o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”, já o art. 6º, prevê que o “médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente”, jamais utilizando “seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir ou acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Em atenção ao princípio do consentimento informado, o art. 46 do citado Código veda ao profissional de medicina efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida, e o art. 123 proíbe a realização de pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e conseqüências da pesquisa. Complementa explicitando que caso o paciente não tenha condições de dar seu livre consentimento, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício,

após expressa autorização de seu responsável legal.

Ainda quanto à pesquisa, o Código de Ética Médica veda, conforme o art. 122, condutas como participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos; e, segundo o art. 124, usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgão competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências.

Outras vedações reportadas interessantes, conforme o Código de Ética Médica:

Art. 41 - Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País [...]

Art. 125 - Promover pesquisa médica na comunidade sem o conhecimento dessa coletividade e sem que o objetivo seja a proteção da saúde pública, respeitadas as características locais.

Art. 126 - Obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe.

Art. 127 - Realizar pesquisa médica em ser humano sem submeter o protocolo à aprovação e ao comportamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador.

Art. 128 - Realizar pesquisa médica em voluntários, sadios ou não, que tenham direta ou indiretamente dependência ou subordinação relativamente ao pesquisador.

Art. 129 - Executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente.

Art. 130 - Realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais.

A resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, proíbe a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

O Conselho Federal de Medicina também emitiu o Parecer 24/1998, anterior à nova Lei de Biossegurança, onde expôs que a legislação brasileira proíbe experiências e clonagem em animais e seres humanos, estabelecendo normas e mecanismos de oficialização no uso das técnicas de engenharia genética, como a Comissão Técnica Nacional ou Biossegurança (CTNBio) e Comissão Interna de

Biossegurança (CIBio). Considera crime punível com detenção de três meses a um ano toda intervenção em material genético humano in vivo, exceto com a finalidade de restauração, reparação e tratamento de doenças.

Para Adriana Diaféria, "o que se tem visto é uma diversidade de projetos de lei que tratam desta questão levando em consideração diversos aspectos, muitas vezes conflitantes entre si, o que dificulta, sobremaneira, uma regulamentação adequada sobre o assunto". Na opinião de Diaféria, a regulamentação de novas tecnologias é difícil, principalmente, por causa da incerteza sobre os efeitos causados pela utilização desses novos procedimentos. "Na verdade, a elaboração da legislação ocorre na medida em que demandas concretas no desenvolvimento das atividades nesses novos campos impõem situações de conflito que necessitam de parâmetros claros e seguros" (DIAFÉRIA, 1999, p. 79).

Pelo exposto, conclui-se que a questão não seria de vazio legal ou brechas de escape, porque estas vão existir sempre, em razão da velocidade dos fatos contrapor-se ao tempo de normatização dos mesmos. As pesquisas não deveriam ser paralisadas, mas deveriam respeitar sempre os limites éticos.

A legislação brasileira sobre a clonagem evolui bastante nos últimos anos, devendo sempre estar em busca da sintonia com as mais modernas tecnologias disponíveis, respeitando sempre os princípios da dignidade humana e evitando, com isso, que a vida do homem passe a ser algo descartável na busca incessante de novas descobertas científicas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em um momento de alta produção científica e tecnológica onde são realizadas descobertas inusitadas. A sociedade encontra-se em um momento de transição, de adaptações às novas exigências, forçando, como consequência, o Direito interno e internacional a se adequarem a tal realidade, sob pena de desconfigurar-se o real sentido de justiça.

A clonagem humana tem causado inflamadas discussões em todo o mundo, principalmente quando essa técnica, já empregada em bactérias, plantas e animais, passou a vislumbrar o ser humano.

O desenvolvimento da clonagem humana fará com que se atinja o limiar do pensamento humano, o que gerará uma modificação profunda nos paradigmas desenvolvidos até os dias atuais.

Ao verificarmos a clonagem no plano jurídico e ético, devemos ter em vista sempre a principiologia que informa o biodireito e a bioética, assim como o ordenamento jurídico nacional e internacional.

A clonagem terapêutica pode trazer vários benefícios à humanidade. E o Brasil não pode ficar à parte em relação à realização de pesquisas de ponta nessa área. O país possui pessoas qualificadas, interesse e disposição para pesquisa. Observamos, assim, que grandes avanços já foram obtidos com o advento da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança). Consideramos, neste trabalho, que não pode o desenvolvimento da ciência ser prejudicado devido a preconceitos ou princípios anacrônicos sob os quais se revestem valores morais anacrônicos ou valores religiosos da sociedade. Devemos observar que, ainda nos dias de hoje, há pessoas tão contrários ao desenvolvimento da ciência e à evolução social que proíbem o uso de preservativos para evitar doenças como a AIDS, assim como o uso de outros contraceptivos para se evitar uma gravidez indesejada, ao mesmo tempo em que são contrárias ao direito de o indivíduo recorrer a técnicas de fertilização *in vitro* para alcançar uma gravidez.

Devemos observar que não são apenas os médicos e cientistas que melhor determinam o caminho que deve ser seguido, mas um conjunto de setores representativos da sociedade, após várias discussões. Consideramos, no presente

trabalho, ser a clonagem, quando utilizada de forma terapêutica, benéfica devendo ser tutelada de forma a evitar abusos por parte de cientistas e médicos e não proibida, prejudicando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

Percebemos que a ciência caminha lado a lado com o homem e que não se pode regulamentar ou tutelar aquilo que não se conhece. Caso contrário, corre-se o risco de o Brasil, assim como outros países do globo, não se enveredar em tais discussões e não desmistificar certos preconceitos, ficando fadado ao eterno subdesenvolvimento científico – tecnológico, comprando tecnologia ultrapassada.

A clonagem humana reprodutiva, por sua vez, deve ser analisada com mais cautela de modo a não gerar decisões precipitadas ou prejudiciais à sociedade e a princípios fundamentais. Além disso, a possibilidade da real clonagem de seres humanos é nova e tudo o que é novo sempre gera o medo. Medo de que sejam tomadas medidas radicais que proíbam o estudo da clonagem, impossibilitando a aquisição de conhecimentos que permitam um futuro mais digno. Medo de que cientistas e médicos inescrupulosos realizem experiências com seres humanos sem observarem o princípio do consentimento informado ou mesmo sem consciência de suas conseqüências. Medo de que a sociedade não possua discernimento para enxergar possibilidades benéficas e proíba absolutamente sua realização, como vem sendo feito. Medo de que determinados setores da sociedade restrinjam-se a seus interesses limitados e preconceituosos. Medo de que o interesse econômico da minoria prevaleça sobre o da maioria. Porém, só se está começando e resta um longo caminho a ser trilhado.

Observamos que o Direito Constitucional deve estar em consonância com o Biodireito e o Direito Internacional, ou seja, a Constituição deve estar apta a reconhecer mecanismos internacionais eficazes de proteção à dignidade da pessoa humana, à prevalência dos direitos humanos, em relação ao prazer e à ambição de testar seres humanos. A idéia de criar um tribunal internacional de ética para cientistas, médicos, profissionais que atuam com experiências em seres humanos, é que exista realmente aplicabilidade de regras e a conseqüente coerção caso haja desrespeito aos preceitos éticos e jurídicos. As Declarações Internacionais que apresentamos neste trabalho são um prenúncio disso.

O que se espera é que esta tendência da constitucionalização do Direito Internacional possa, aos poucos, chegar à criação de um Tribunal de Ética para apreciar essas novas situações que estão surgindo, envolvendo direito e ciência,

ética e responsabilidade, biodireito e bioética, para assegurar um bem maior, a ser tutelado não só pelo Estado, mas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Bioética: a dignidade, a vida, o valor, a essência da pessoa humana.

Enfim, a evolução biológica regida por processos naturais gerou toda a diversidade do nosso planeta. Qualquer modificação biológica inexistente na natureza, tal como a clonagem animal a partir de células de um indivíduo adulto, apresentará resultados imprevisíveis, que agora serão selecionados por um processo artificial imposto pela tecnologia humana. O homem está se apropriando de processos biológicos que não foram "criados" por ele e os modificando sem ainda compreender detalhes de seu funcionamento. Enquanto estes processos são incompreendidos, cada clonagem será um experimento, e seus clones serão as cobaias. Será que vale à pena?

Concordamos com o Professor Joaquim Clotet, que já em 1997, referindo-se a questão da proibição da clonagem, afirmou: "a pesquisa não deve ser banida, apenas deve ser orientada para o bem geral da humanidade" (CLOTET, 1997, p. 4).

Esta é a nossa posição, qual seja aquela que reconhece que este conhecimento é um "conhecimento perigoso", mas não um conhecimento que deva ser banido.

REFERÊNCIAS

A ERA dos clones. Descobrir, São Paulo, n. 5, p. 23-25, 1990.

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. José M. Beneyto Pérez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Ano 9, n. 197, mar. 2005.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. **Elementos para considerações ontológicas sobre o biodireito**. Belo Horizonte: [s.n.], 2000.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito / Maria de Fátima Freire de Sá**. Coordenadora.- Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p 223-282.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de; ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza; FIUZA, César; Pontifícia Universidade Católica De Minas GERAIS. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. **Biodireito, doação de órgãos e experimentação com o corpo humano**. 2000. 363f. Projeto de Pesquisa - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

ANTINORI, Severino. Coloquei no texto, retirada de uma reportagem em uma das revistas aqui colocadas como referência.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2000. 22 p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2001. 4

p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: informação e documentação - trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro, 2001. 6 p.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 8, jul./set. 2000, p. 88 a 92.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.39-40.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENOIT, B. **Why clone human embryos?** mar. 1996. Disponível em: <<http://cac.psu.edu/~gsg109/qs/>> Acesso em: 08 out. 2001.

BITTENCOURT, Estevão. A Clonagem em Debate, **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 dez. 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Danielle Cabral. **Clonagem: benefícios e riscos**. Rio de Janeiro: Interciência, 2005.

BORJA, Sérgio. A incorporação dos tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul**, n. 4, p. 81-120, p. 93, ago./set. 2001.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BRASIL.3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736.DJ 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. DJ 28 abr. 1997.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. DJ 21 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ 27 nov. 1995.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. Inf do STF, Brasília, n. 135, 7 nov.1998.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977.RTJ 83/809.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977.RTJ 83/809.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785. DJ 22 nov. 2002.

CADASTRO Nacional de Conselhos de Saúde. Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/>. Acesso em 21 jun 2002.

CASABONA, Carlos María Romeo et al. **Derecho biomedico y bioetica**. Granada: Comares, 1998.

CASABONA, Carlos María Romeo et al.; PULLMAN, B. **The legal and ethical aspects related to the project of the human genome**. [s.l.]: Pontificia Academia Scientiarum, [s.d.].

CLOTET, J. A ovelhinha Dolly e a medicina genética. **Zero Hora**, v. 9, n., 21, mar. 1997.

COMITÉ de expertos sobre bioética y clonación. Informe sobre clonación: en las fronteras de la vida. Madri: Fund. de Ciencias de La Salud, 1999.

COMITÉ Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnologia. Disponível em: www.eticacyt.gov.ar. Acesso em: 10 dez. 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica. Rio de Janeiro: CFM, 1998.

CRUZ, Ana Santa; TEICH, Daniel Hessel. O Próximo! **Veja**, São Paulo, n. 1713, p.126-132, 15 ago. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Consilium n. 32.

DIAFÉRIA, Adriana. Clonagem: **aspectos jurídicos e bioéticos**: um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social. São Paulo: Edipro, 1999.

DIEGUEZ, Flávio. A um passo da clonagem humana. **Galileu**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 123, p. 41-52, out. 2001.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos**: análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLINGER, Jacob. **As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional**: um Exercício do Ecletismo. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DOURADO, Carolina. **Austrália aprova clonagem humana para fins terapêuticos**. Diário de Notícias, Lisboa, Portugal, 09 nov 2006. Disponível em: http://dn.sapo.pt/2006/11/09/sociedade/australia_aprova_clonagem_humana_par.html_ Acesso em 8 dez 2006.

DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, p.69-96, out./dez.2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ETHICAL Guidelines for the protection of human subjects, Belmont Reports, Washington, 1978.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FOLHA ON LINE. Bush pede proibição da clonagem ao Congresso. Disponível em: <<http://www.ghente.org/clippings/clipping.php?Chave=1911>> Acesso em: 20 jun. 2006. ScientificAmérica.<http://www.sciam.com/channel.cfm?chanId=sa022>. Acesso em: 20 jun 2006.

FOLHA ON LINE. **França abre caminho para pesquisas com células-tronco de embriões humanos**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u12514.shtml>> Acesso em: 21 ago. 2006.

FRAGA, Mitrô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Genética humana e direito**. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio1v4/genetica.html>>. Acesso em: 02 out. 2001.

FREITAS JÚNIOR, Osmar; PROPATO, Valéria. No limiar da eternidade. **Isto É**, São Paulo, n. 1663, p. 76-82, ago. 2001.

FREITAS, João de. **Bioética**. Belo Horizonte: Interlivros, 1955.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, jul., set. 1999.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOLDIM, José Roberto. **Clones**: aspectos biológicos e éticos. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/hcap/gppg/clone>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

GRIFFIN, Harry. **Cloning and genetic modification**: a brief history of nuclear transfer. Disponível em:

<<http://www2.ri.bbsrc.ac.uk/library/research/cloning/history.html>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAWLEY, Aroon. **Cloning**: right or wrong? Maio 1998. Disponível em: <<http://www.vuhs.org/apbio/clone/index.html>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar & SMIT, Hans. **International law**: cases and materials, 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HIPPOCRATES. **Hippocratic writings**. London: Penguin, 1983.

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**, São Paulo: LTr, 2000.

JONAS, H. Técnica e responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da Ética. In: **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Vega Passagens, 1994.

JORNAL da Ciência. **Brasil vota contra proibição total de clonagem humana** Disponível em:<<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=25702>> Acesso em: 15 nov. 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1967.

COELHO, Fábio Ulhoa; KELSEN, Hans; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Para entender Kelsen**. 3.ed. [São Paulo]: Max Limonad, 1999.

KERSCHEN, Arthur. **How to clone a human**. 02 Fev. 1998. Disponível em: <<http://www.u.arizona.edu/~ahk/cloning/human.html>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

LEITE, Simírame Pereira. **Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na constituição de 1988 após a emenda constitucional nº. 45.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/279166.htm>> Acesso em: 25 out. 2006.

LETTI, Nicanor. Anatomia, sua história e seu instrumento de trabalho. **Revista Brasileira de Otorrinolaringologia**, Rio de Janeiro, v. 38, jan./abr., 1972.

LEVINE, Jeff and The Associated Press. **Sour legacy of Tuskegee syphilis study lingers.** Disponível em: <http://www.cnn.com/HEALTH/9705/16/nfm.tuskegee/index.html>. Acesso em 26 nov 2005.

MANTIFORD - Associação Cultural. ONU: Assembléia dividida adota declaração sobre clonagem humana - 2005. Disponível em: <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=imprensa&subsecao=mundo&artigo=mundo20050218_1&lang=bra> Acesso em: 25 fev. 2005.

MARCO, Carla Fernanda de. **O Biodireito e a tendência da Constitucionalização do Direito Internacional:** A dignidade da pessoa humana como valor universal. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 11 jul. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Fundamentos do direito natural à vida.** São Paulo: Lex, 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia.** Revista Forense. p. 378, p. 89-109, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. **O Poder de celebrar tratados.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: RICARDO LOBO TORRES (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTFORT Associação Cultural. **Comitê da ONU Condena Clonagem**. Disponível:
http://www.montfort.org.br/index.php?secao=imprensa&subsecao=mundo&artigo=mundo20050219_2&lang=bra. Acesso em: 16 nov 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NARDONE, Costa Rodrigo. **Clonagem**. Disponível em:
<http://www.trabalho51.hpg.ig.com.br/ciencia_e_educacao//index_pri_1.html>. Acesso em: 2 nov. 2001.

NEWSCIENTIST. Special Report: **Cloning and Stem Cells**. Disponível em:
<<http://www.newscientist.com/hottopics/cloning>>. Acesso em: 2 nov. 2001.

Organização Mundial de Saúde. Órgãos de Política, Coordenação e Fomento Internacionais. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>> Acesso em: 22 jun. 2002.

ONU aprova resolução contra a clonagem humana. 19 de Fevereiro 2005. Estadão.com.br. Disponível em:
<<http://www.ghente.org/clippings/clipping.php?Chave=1314>> Acesso em:

PARK, Alice. **Dogged Pursuit**. Disponível em:
<<http://www.time.com/time/archive/preview/0,10987,1129592,00.html>> Acesso em 23 nov. 2005.

PAULSCHOCK, Bernardine Z. Miracle Cure, , New York: Bantham Books, 1998]. In: JOURNAL OF AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, v. 280, n. 22, 9 dec 1998, p. 1962.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE; DE PAUL, Christian. **Problemas atuais de bioética**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2006. Disponível em <http://www.pucminas.br/biblioteca/>

QUOC DINH, Nguyen, Patrick Dailler e Alain Pellet. **Direito internacional público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RESSE, France. **Painel do governo japonês aprova clonagem limitada de embriões**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia>. Acesso em 25 set 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 9. ed. ver, São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coor.) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da Bioética ao Biodireito**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2004/Docentes/PDF/Da%20bioetica%20ao%20biodireito>. Acesso em 10 jul 2006.

SAGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: I fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1993.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio de um pêndulo**. Bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCLIAR, Moacyr. O Rei dos Clones. **Galileu**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 123, p. 35-39, out. 2001.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. **Patentes, Transgênicos e Clonagem**. Brasília: Editora UNB, 2002, 304 p.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; COSTA, Érica Adriana. **Direito internacional moderno: estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Boson**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 335p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JÚNIOR, César da; SASSON, Sezar. **Biologia 3: genética - evolução - ecologia - embriologia**. 6. ed. [s.l.]: [s.n.], 1991.

SILVER, Lee M. **De volta ao Éden engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo, 2001.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação Jurídica Médico-Paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 123 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil: a tutela da personalidade ordenamento civil – constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003. v. 1-2.

UNESCO. **A clonagem humana com vistas à reprodução de seres humanos: questões éticas**. Disponível em: <<http://firewall.unesco.org/opt/esp/bio98>> Acesso em: jul. 2005.

UNICEF - Disponível em www.unicef.org, acesso em 17 ago. 2002.

VIEIRA, Sônia; HOSSNE, William Saad. **Experimentação com seres humanos**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1987.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. 158p.

WEBBER. New Horticultural and Agricultural Terms. *Science*, v. 18, n., 459, p. 501-503, 1903.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998/1999.

WILMUT, Ian. **Cloning: for medicine**. Disponível em: <<http://www.sciam.com/1998/1298issue/1298wilmut.html>>. Acesso em: 30 set. 2003.

WORLD BOOK INC. **Cloning: are human next?** Disponível em: <<http://www.worldbook.com/students/features.index.asp>>. Acesso em: 08 out. 2004.

ANEXOS

ANEXO A - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Legislação Internacional Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

I - Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

considerando que uma compreensão comum desses direitos e é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob jurisdição.

Artigo 1 - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2 -

1. Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica

ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3 - Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4 - Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5 - Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6 - Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7 - Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8 - Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9 - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10 - Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11 -

1. Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo 12 - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo 13 -

1. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo 14 -

1. Todo o homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em casos de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 15 -

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo 16 -

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo 17 -

1. Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo 18 - Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo 19 - Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Artigo 20 -

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 21 -

1. Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo 22 - Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua

personalidade.

Artigo 23 -

1. Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24 - Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25 -

1. Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26 -

1. Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnica profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 27 -

1. Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.
2. Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo 28 - Todo o homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29 -

1. Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outros e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30 - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.

ANEXO B - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO GENOMA HUMANO E DOS DIREITOS HUMANOS (1997)

O Comitê de Especialistas Governamentais, convocado em Julho de 1997 para a conclusão de um projeto de declaração sobre o genoma humano, examinou o esboço preliminar revisto, redigido pelo Comitê Internacional de Bioética. Ao término de suas deliberações, em 25 de julho de 1997, o Comitê de Especialistas Governamentais, no qual mais de 80 Estados estiveram representados, adotou por consenso o Projeto de uma Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que foi apresentado para adoção na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco (de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997).

A Dignidade Humana e o Genoma Humano

Artigo 1 - O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.

Artigo 2 -

- a) todos têm o direito por sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente de suas características genéticas.
- b) Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade.

Artigo 3 - O genoma humano, que evolui por sua própria natureza, é sujeito a mutações. Ele contém potencialidades que são expressas de maneira diferente segundo o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo o estado de saúde do indivíduo, suas condições de vida, nutrição e educação.

Artigo 4 - O genoma humano em seu estado natural não deve dar lugar a ganhos financeiros.

Direitos das Pessoas Envolvidas

Artigo 5 -

- a) Pesquisas, tratamento ou diagnóstico que afetem o genoma de um indivíduo devem ser empreendidas somente após a rigorosa avaliação prévia dos potenciais riscos e benefícios a serem incorridos, e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional.
- b) Em todos os casos é obrigatório o consentimento prévio, livre e informado da pessoa envolvida. Se esta não se encontrar em condições de consentir, a autorização deve ser obtida na maneira prevista pela lei, orientada pelo melhor interesse da pessoa.
- c) Será respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado dos resultados de seus exames genéticos e das conseqüências resultantes.
- d) No caso de pesquisas, os protocolos serão, além disso, submetidos a uma revisão prévia em conformidade com padrões ou diretrizes nacionais e internacionais

relevantes relativos a pesquisas.

e) Se, de acordo com a lei, uma pessoa não tiver a capacidade de consentir, as pesquisas relativas ao seu genoma só poderão ser empreendidas com vistas a beneficiar diretamente sua própria saúde, sujeita à autorização e às condições protetoras descritas pela lei. As pesquisas que não previrem um benefício direto à saúde, somente poderão ser empreendidas a título de exceção, com restrições máximas, expondo a pessoa apenas a riscos e ônus mínimos e se as pesquisas visarem contribuir para o benefício da saúde de outras pessoas que se enquadram na mesma categoria de idade ou que tenham as mesmas condições genéticas, sujeitas às condições previstas em lei, e desde que tais pesquisas sejam compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo.

Artigo 6 - Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.

Artigo 7 - Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.

Artigo 8 - Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional, à justa reparação por danos sofridos em consequência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado seu genoma.

Artigo 9 - Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos.

Pesquisas com Genoma Humano

Artigo 10 - Nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas.

Artigo 11 - Não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais competentes são convidados a cooperar na identificação de tais práticas e a determinar, nos níveis nacional ou internacional, as medidas apropriadas a serem tomadas para assegurar o respeito pelos princípios expostos nesta Declaração.

Artigo 12 -

a) Os benefícios decorrentes dos avanços em biologia, genética e medicina, relativos ao genoma humano, deverão ser colocados à disposição de todos, com a devida atenção para a dignidade e os direitos humanos de cada indivíduo.

b) A liberdade de pesquisa, que é necessária para o processo do conhecimento, faz parte da liberdade de pensamento. As aplicações das pesquisas com o genoma humano, incluindo aquelas em biologia, genética e medicina, buscarão aliviar o

sofrimento e melhorar a saúde dos indivíduos e da humanidade como um todo.
Condições para o Exercício da Atividade Científica

Artigo 13 - As responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo o cuidado, a cautela, a honestidade intelectual e a integridade na realização de suas pesquisas e também na apresentação e na utilização de suas descobertas, devem ser objeto de atenção especial no quadro das pesquisas com o genoma humano, devido a suas implicações éticas e sociais. Os responsáveis pelas políticas científicas, em âmbito público e privado, também incorrem em responsabilidades especiais a esse respeito.

Artigo 14 - Os Estados devem tomar medidas apropriadas para fomentar as condições intelectuais e materiais favoráveis à liberdade na realização de pesquisas sobre o genoma humano e para levar em conta as implicações éticas, legais, sociais e econômicas de tais pesquisas, com base nos princípios expostos nesta Declaração.

Artigo 15 - Os Estados devem tomar as medidas necessárias para prover estruturas para o livre exercício das pesquisas com o genoma humano, levando devidamente em conta os princípios expostos nesta Declaração, para salvaguardar o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana e para proteger a saúde pública. Eles devem buscar assegurar que os resultados das pesquisas não sejam utilizados para fins não-pacíficos.

Artigo 16 - Os Estados devem reconhecer a importância de promover, nos diversos níveis apropriados, a criação de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas, para avaliar as questões éticas, legais e sociais levantadas pelas pesquisas com o genoma humano e as aplicações das mesmas.

Solidariedade e Cooperação Internacional

Artigo 17 - Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade com os indivíduos, as famílias e os grupos populacionais que são particularmente vulneráveis a, ou afetados por doenças ou deficiências de caráter genético. Eles devem fomentar pesquisas "inter alia" sobre a identificação, prevenção e tratamento de doenças de fundo genético e de influência genética, em particular as doenças raras e as endêmicas, que afetam grande parte da população mundial.

Artigo 18 - Os Estados devem envidar todos os esforços, levando devidamente em conta os princípios expostos nesta Declaração, para continuar fomentando a disseminação internacional do conhecimento científico relativo ao genoma humano, a diversidade humana e as pesquisas genéticas e, a esse respeito, para fomentar a cooperação científica e cultural, especialmente entre os países industrializados e os países em desenvolvimento.

Artigo 19 -

a) No quadro da cooperação internacional com os países em desenvolvimento, os Estados devem procurar encorajar:

1. que seja garantida a avaliação dos riscos e benefícios das pesquisas com o

- genoma humano, e que sejam impedidos dos abusos;
2. que seja desenvolvida e fortalecida a capacidade dos países em desenvolvimento de promover pesquisas sobre biologia e genética humana, levando em consideração os problemas específicos desses países;
 3. que os países em desenvolvimento possam se beneficiar das conquistas da pesquisa científica e tecnológica, para que sua utilização em favor do progresso econômico e social possa ser feita de modo a beneficiar todos;
 4. que seja promovido o livre intercâmbio de conhecimentos e informações científicas nas áreas de biologia, genética e medicina.
- b) As organizações internacionais relevantes devem apoiar e promover as medidas tomadas pelos Estados para as finalidades acima mencionadas.

Promoção dos Princípios Expostos na Declaração

Artigo 20 - Os Estados devem tomar medidas apropriadas para promover os princípios expostos nesta Declaração, por meios educativos e relevantes, inclusive, "inter alia", por meio da realização de pesquisas e treinamento em campos interdisciplinares e da promoção da educação em bioética, em todos os níveis, dirigida em especial aos responsáveis pelas políticas científicas.

Artigo 21 - Os Estados devem tomar medidas apropriadas para encorajar outras formas de pesquisa, treinamento e disseminação de informações, meios estes que conduzam à conscientização da sociedade e de todos seus membros quanto as suas responsabilidades com relação às questões fundamentais relacionadas à defesa da dignidade humana que possam ser levantadas pelas pesquisas em biologia, genética e medicina e às aplicações dessas pesquisas. Também devem se propor a facilitar a discussão internacional aberta desse tema, assegurando a livre expressão das diversas opiniões sócio-culturais, religiosas e filosóficas.

Implementação da Declaração

Artigo 22 - Os Estados devem envidar todos os esforços para promover os princípios expostos nesta Declaração e devem promover sua implementação por meio de todas as medidas apropriadas.

Artigo 23 - Os Estados devem tomar as medidas apropriadas para promover, por meio da educação, da formação e da disseminação da informação, o respeito pelos princípios acima mencionados e para fomentar seu reconhecimento e sua aplicação efetiva. Os Estados também devem incentivar os intercâmbios e as redes entre comitês éticos independentes, à medida que forem criados, com vistas a fomentar uma cooperação integral entre eles.

Artigo 24 - O Comitê Internacional de Bioética da Unesco deve contribuir para a disseminação dos princípios expostos nesta Declaração e para fomentar o estudo detalhado das questões levantadas por suas aplicações e pela evolução das tecnologias em questão. Deve organizar consultas apropriadas com as partes envolvidas, tais como os grupos vulneráveis. Deve fazer recomendações, de acordo com os procedimentos estatutários da Unesco, dirigidas à Conferência Geral, e emitir conselhos relativos à implementação desta Declaração, relativos especialmente à identificação de práticas que possam ser contrárias à dignidade

humana, tais como intervenções nas células germinativas.

Artigo 25 - Nada do que está contido nesta Declaração pode ser interpretado como uma possível justificativa para que qualquer Estado, grupo ou pessoa se engaje em qualquer ato contrário aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, incluindo "inter alia", os princípios expostos nesta Declaração.

ANEXO C - DECLARAÇÃO IBERO-LATINO-AMERICANA SOBRE ÉTICA E GENÉTICA

DECLARAÇÃO DE MANZANILLO DE 1996
(revisada em Buenos Aires em 1998)

Considerando que os constantes avanços que estão acontecendo em relação ao conhecimento do genoma humano e os benefícios que poderão ser obtidos com suas aplicações e derivações, convidam a manter um diálogo aberto e permanente sobre suas conseqüências para o ser humano;

Destacando a importância que para esse diálogo comportam a Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997, assim como O Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano em relação às Aplicações da Biologia e a Medicina: Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina;

Admitindo que é irrenunciável a participação dos povos Ibero-Latino-Americanos no debate internacional sobre o genoma humano, para que possam apresentar suas próprias perspectivas, problemas e necessidades,

Os participantes nos Encontros sobre Bioética e Genética de Manzanillo (1996) e de Buenos Aires (1998), procedentes de diversos países de Ibero-América e da Espanha, e de diferentes disciplinas relacionadas com a Bioética,

DECLARAMOS

PRIMEIRO: Nossa adesão aos valores e princípios proclamados tanto na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco como no Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, enquanto constituem um importante primeiro passo para a proteção do ser humano em relação aos efeitos não-desejáveis dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos no âmbito da genética, através de instrumentos jurídicos internacionais.

SEGUNDO: A reflexão sobre as diversas implicações do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana deve ser feita levando em consideração:

- a) o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais;
- b) que o genoma humano constitui parte do patrimônio comum da humanidade como uma realidade e não como uma expressão meramente simbólica;
- c) o respeito à cultura, às tradições e aos valores próprios dos povos.

TERCEIRO: Que, dadas as diferenças sociais e econômicas no desenvolvimento dos povos, nossa região participa num grau menor dos benefícios derivados do

referido desenvolvimento científico e tecnológico, o que torna necessário:

a) uma maior solidariedade entre os povos, em particular por parte daqueles países com maior grau de desenvolvimento;

b) estabelecimento e a realização por parte dos governos de nossos países, de uma política planejada de pesquisa na genética humana;

c) a realização de esforços para estender de maneira geral à população, sem nenhum tipo de discriminação, o acesso as aplicações dos conhecimentos genéticos no campo da saúde;

d) respeitar a especificidade e diversidade genética dos povos, assim como sua autonomia e dignidade como tais;

e) o desenvolvimento de programas de informação e educação extensivos a toda a sociedade, nos quais se saliente a especial responsabilidade que concerne nessa matéria aos meios de comunicação e aos profissionais da educação.

QUARTO: Os princípios éticos que devem guiar as ações da genética médica são:

a) a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas como parte do direito à saúde, para que possam contribuir a aliviar o sofrimento que elas ocasionam nos indivíduos afetados e em seus familiares;

b) a igualdade no acesso aos serviços de acordo com as necessidades do paciente independentemente de sua capacidade econômica;

c) a liberdade no acesso aos serviços, a ausência de coação em sua utilização e o consentimento informado baseado no assessoramento genético não-diretivo;

d) as provas genéticas e as ações que derivem delas têm como objetivo o bem-estar e a saúde da pessoa, sem que possam ser utilizadas para imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias, nem para a satisfação de requerimentos de terceiros;

e) o respeito à autonomia de decisão dos indivíduos para realizar as ações que seguem aos resultados das provas genéticas, de acordo com as prescrições normativas de cada país;

f) a informação genética individual é privativa da pessoa de quem provém e não pode ser revelada a terceiros sem seu expresso consentimento.

QUINTO: Que algumas aplicações da genética humana operam já como uma realidade cotidiana em nossos países sem uma adequada e completa regulamentação jurídica, deixando em situação de indefesa e vulnerabilidade tanto o paciente em relação a seus direitos, como o profissional da saúde em relação à sua responsabilidade. Isso torna necessário que, mediante processos democráticos e pluralistas, se promova uma legislação que regulamente ao menos os seguintes aspectos:

- a) a manipulação, o armazenamento e a difusão da informação genética individual, de tal forma que garanta o respeito à privacidade e intimidade de cada pessoa;
- b) a atuação do geneticista como conselheiro ou assessor do paciente e de seus familiares, e sua obrigação de guardar a confidencialidade da informação genética obtida;
- e) a manipulação, o armazenamento e a disposição dos bancos de amostras biológicas (células, ADN, etc.), que deverão ser regulamentados garantindo que a informação individualizada não se divulgue sem assegurar o direito à privacidade do indivíduo, e nem seja usada para fins diferentes daqueles que motivaram a sua coleta;
- d) o consentimento livre e informado para a realização das provas genéticas e intervenções sobre o genoma humano deve ser garantido através de instâncias adequadas, em especial quando se trata de menores, incapazes e grupos que requeiram uma tutela especial.

SEXTO: Além dos profundos questionamentos éticos que gera o patenteamento do material genético humano, cabe reiterar particularmente:

- a) a necessidade de proibir a comercialização do corpo humano, de suas partes e de seus produtos;
- b) a necessidade de limitar nesta matéria o objeto das patentes nos limites estritos da contribuição científica realizada, evitando extensões injustificadas que obstaculizem futuras pesquisas, e excluindo-se a possibilidade do patenteamento do material genético;
- c) a necessidade de facilitar a pesquisa neste campo mediante o intercâmbio livre e irrestrito da informação científica, em especial o fluxo de informação dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento.

Em consonância com as considerações precedentes,

RESOLVEMOS:

1. Estabelecer uma Rede Ibero-americana sobre Bioética, Direito e Genética, que sirva para manter o contacto e o intercâmbio de informação entre os especialistas da região, assim como para fomentar o estudo, o desenvolvimento de projetos de pesquisa e a difusão da informação sobre os aspectos sociais, éticos e jurídicos relacionados com a genética humana.
- 2 Remeter aos governos de nossos países a presente Declaração, incitando-os a que adotem as medidas necessárias, em especial legislativas, para desenvolver e aplicar os princípios contidos nesta Declaração e na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Em Buenos Aires, República Argentina, dia 7 de novembro de 1998.