

---

# DOCTRINA

---

# LIMITES JURÍDICOS À INVESTIGAÇÃO E ÀS SUAS CONSEQÜÊNCIAS: O PARADIGMA DA CLONAGEM<sup>1</sup>

*Carlos M. Romeo Casabona\**

## 1. Desenvolvimento científico da clonagem

A especulação sobre a possibilidade de aplicar as técnicas de clonagem no ser humano não é nova. Já em 1993 os investigadores Jerry Hall e Robert Stillman (Universidade George Washington, de Baltimore, Estados Unidos) anunciaram por ocasião de um encontro científico celebrado em Montreal a obtenção de embriões humanos a partir de outros embriões (blastômeros) através de clonagem<sup>2</sup>. Essa técnica já vinha sendo aplicada há décadas de forma experimental e aplicada, com êxito, em vegetais e animais superiores, razão pela qual do ponto de vista científico não trazia nenhuma inovação biotecnológica, salvo sua aplicação em embriões humanos, ainda que na experiência relatada seus autores insistiram serem aqueles inviáveis.

No início de 1997 Ian Wilmut (Instituto Roslin, Edimburgo, Reino Unido) publicou os resultados de um experimento científico consistente na obtenção, pela primeira vez, de uma ovelha clonada (a chamada ovelha “Dolly”) a partir do núcleo de uma célula adulta de seis anos de idade, portanto diferenciada (célula do epitélio da glândula mamária)<sup>3</sup>. Essa conquista representou importante inovação, por ter sido conseguida pela primeira vez em animais superiores - pois fazem já cerca de trinta anos que foram obtidos clones de rãs - uma “regressão” biológica em uma célula somática (portanto especializada), vale dizer, a obtenção de sua totipotencialidade, característica reservada pela natureza aos gametas (óvulo e espermatozóide) e ao óvulo fecundado em suas primeiras etapas de

---

<sup>1</sup> Tradução do original espanhol e notas de Luiz Regis Prado, Professor Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá. Pós-doutor em Direito Penal - Universidade de Saragoça (Espanha).

\* Catedrático de Direito Penal, Diretor da Cátedra de Direito e Genoma Humano, Universidad de Deusto (Espanha)

<sup>2</sup> Hall, J. L. *et alii*. Experimental cloning of human polyploid embryos using an artificial zona pellucida, *The American Fertility Society conjointly with the Canadian and Andrology Society*, Program Supplement, 1993.

<sup>3</sup> Wilmut, Ian *et alii*. Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells, *Nature*, 1997, v.385, p.817 e ss.

desenvolvimento<sup>4</sup>. O mais alarmante do experimento foi reconhecer que seria possível repetir-lo num futuro não muito distante em células humanas, o que significaria abrir uma nova porta para a clonagem de seres humanos, uma vez que são várias as técnicas disponíveis, além das assinaladas.

Com efeito, um dos pontos que mais inquietude está suscitando nesse momento é a possível clonagem de seres humanos, uma vez comprovado o desenvolvimento que essa técnica está adquirindo no reino animal, cujos princípios técnicos seriam, uma vez aperfeiçoados, facilmente trasladáveis para o ser humano. Por conseguinte, o debate sobre a clonagem apenas começou, o que não impede que já no terreno meramente especulativo tenha merecido uma reprovação generalizada há anos.

Recordemos que por clone entende-se “um grupo de organismos de idêntica constituição genética que procedem de um único indivíduo mediante reprodução assexuada, sendo por sua vez iguais a ele”<sup>5</sup>. A clonagem é o procedimento de produção de clones, seja espontânea ou provocada, pois não se pode olvidar que já existe na natureza, particularmente em alguns vegetais, bem como em alguns invertebrados e outros organismos inferiores. Também os gêmeos monozigóticos, geneticamente idênticos (ainda que nem sempre), são o resultado de uma probabilidade na divisão espontânea do zigoto. As técnicas conhecidas até o momento consistem-na divisão de embriões em seus primeiros estágios de desenvolvimento (em cujo caso a identidade genética se estende também ao DNA mitocondrial), na transferência de núcleos diplóides a ovócitos, óvulos ou zigotos que tenham sido previamente anucleados; por sua vez, os núcleos transferidos podem proceder de células embrionárias indiferenciadas - totipotentes - ou de células somáticas diferenciadas<sup>6</sup>. Nestes casos de transferência de núcleos só o DNA - os genes - contido nestes seria idêntico ao dos “doadores”, mas não o seriam nem o citoplasma, nem o RNA nem o DNA mitocondrial, situados no citoplasma.

São, ainda, muitas outras as possibilidades abertas para o futuro através destas diversas técnicas de clonagem aplicadas em material humano, ainda que no momento só o sejam hipoteticamente<sup>7</sup>. Por exemplo, como procedimento de suporte das técnicas de reprodução assistida para a obtenção de mais embriões pré-implantatórios a partir de outros já formados quando resulta impossível ou difícil obter mais óvulos da paciente. Nesse caso, a dotação genética do ou dos filhos

---

<sup>4</sup> Vide sobre o assunto Lacadena, Juan Ramon. La clonación: aspectos científicos y éticos, *An. Real Acad. Farm.*, 1997, n.63, p.273 e ss.

<sup>5</sup> Lacadena, Juan Ramon, op. cit., p.276; Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995, n.5, p.213.

<sup>6</sup> Vide Lacadena, op. cit., p.276 e ss.

<sup>7</sup> Sobre os diversos aspectos problemáticos da clonagem, vide Benítez Ortúzar, Ignacio F. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*. Madri, Edersa, 1997, p.85 e ss.

clonados nascidos seria dupla, vale dizer, do pai e da mãe, e os filhos poderiam ser um ou vários, simultâneos ou de sucessivas gestações cronologicamente próximas. Mas as especulações que suscita o novo experimento em mamíferos - a ovelha Dolly - é a replicação de novos seres humanos a partir de outros já nascidos, vivos ou mortos (p. ex., o adulto que queira assegurar uma descendência geneticamente idêntica a si mesmo; os pais que queiram recuperar um filho já falecido ou replicar um determinado personagem).

Tecnicamente também constitui clonagem, ainda que não esteja presidida por uma finalidade reprodutiva direta, a separação de uma ou várias células do embrião em sua fase totipotente para efetuar sobre elas uma análise genética (diagnóstico preimplantatório), e dada a absoluta identidade genética da “mostra”, a garantia dos resultados - a reserva de confiabilidade da técnica analítica em si - é máxima. Tampouco está dirigida à reprodução (mas sim a conhecer melhor seus mecanismos e processos) a clonagem de células não embrionárias ou de tecidos, com fins de investigação. Pelo contrário, a técnica de transferir um núcleo - p. ex., de um zigoto, mas com uma mitocôndria portadora de alguma enfermidade grave - a uma célula com uma dotação mitocondrial sã teria um fim terapêutico em um contexto reprodutivo, mas sem dar lugar a um ser geneticamente idêntico a outro e possuindo dotação genética dupla - do pai e da mãe.

Do mesmo modo, é feita alusão à obtenção de embriões ou fetos humanos clonados de um indivíduo adulto com fim de que aquele sirva para este como fonte de órgãos e tecidos no caso de desenvolver uma enfermidade que os requeira.

Por outro lado, é mencionada como futura a possibilidade de combinar as técnicas de clonagem com as de engenharia genética (manipulação de genes) com o fim de obter seres humanos com características biológicas - ou mentais - predeterminadas, como a criação de seres humanos livres de certas enfermidades ou, até, de super ou subtraças humanas. As modificações do genoma humano - impliquem ou não em um procedimento de clonagem - suscetíveis de serem transmitidas à descendência foram proibidas totalmente por todas as legislações comparadas que abordaram estas matérias ou ao menos quando não estão ligadas ao impedimento ou à prevenção de enfermidades hereditárias graves, se bem que a intervenção na linha germinal, inclusive com esse objetivo terapêutico, não deixa de suscitar sérias reservas em alguns setores.

## **2. A clonagem, objeto de reprovação social e de proibição ou incriminação nos sistemas jurídicos**

O experimento de Hall e Stillman já havia produzido uma convulsão na opinião mundial. Mas foi a divulgação da experiência da ovelha clonada que provocou maiores reações, ao ponto de diversas instituições e governos terem feito reservas ou até mesmo rechaçado de pronto a clonagem. Do mesmo modo, o

Vaticano propugnou que a lei proibisse a aplicação da clonagem ao ser humano, e *L'Osservatore Romano* reclamou que os Estados não fizessem concessões frente à pressão das correntes possibilistas dispostas a apoiar essa técnica na experimentação humana.

De seu turno, o Presidente dos Estados Unidos<sup>8</sup> propôs ao setor privado uma moratória voluntária sobre esse tipo de investigação e proibiu a utilização de fundos federais em projetos de clonagem humana, bem como que a Comissão Nacional Assessora de Bioética elaborasse um informe a respeito, o que fez em junho de 1997, com recomendações muito restritivas, incluída a regulamentação legal; como consequência do ditame, o presidente americano anunciou a remissão ao Congresso de um projeto de lei pelo qual seria proibido que qualquer pessoa do setor público ou privado pudesse empregar estas técnicas para criar seres humanos, sem que dita proibição afetasse a clonagem de DNA em células ou a clonagem de animais, e no qual era prevista a revisão desta questão em um prazo de cinco anos<sup>9</sup>, de acordo com as recomendações da Comissão Assessora. Paradoxalmente, o projeto de lei debatido no Senado deste país para proibir a clonagem humana foi reprovado em 11 de fevereiro de 1998 (por 54 senadores contra 42 que votaram a favor).

O Ministério da Saúde da Itália promulgou uma Ordenança que proíbe toda forma de experimentação sobre clonagem animal e humana. Em termos semelhantes se pronunciaram a Organização Mundial de Saúde, inclusa sua Assembléia Geral, o Comitê Diretor de Bioética<sup>10</sup> e a Assembléia Parlamentar<sup>11</sup> do Conselho da Europa, o Grupo de Assessores sobre as Implicações Éticas da Biotecnologia da Comissão Européia<sup>12</sup>, o Parlamento Europeu<sup>13</sup> e o Comitê Consultivo Nacional de Ética sobre as Ciências da Vida e da Saúde<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Através da Secretaria de Imprensa da Casa Branca, em 6 de março de 1997.

<sup>9</sup> Vide Clinton, William J. Valores humanos y clonación. *El Mundo*, 22-06-1997. Por ocasião do anúncio do norteamericano Richard Seed, de sua disponibilidade imediata de utilizar a técnica de clonagem que deu origem à ovelha Dolly, em casais estéreis, pouco crível no momento, o Presidente dos Estados Unidos insistiu em sua oposição à clonagem como procedimento reprodutivo de seres humanos, reclamando desse modo a intervenção legislativa do Congresso de seu país.

<sup>10</sup> Vide *Avis sur clonage humain*, de 19 de junho de 1997 (CM(97)111), no qual se pronuncia a favor da aprovação de um Protocolo do Convênio de Direitos Humanos e Biomedicina (vide infra) sobre a "Proibição da clonagem de seres humanos", segundo o qual é defesa qualquer intervenção que tenha por finalidade criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano vivo ou morto, entendendo para estes fins como ser humano "geneticamente idêntico" a outro ser humano aquele que tenha em comum com outro o conjunto dos genes nucleares (art.1º). Também propõe uma "Declaração sobre a clonagem humana", por parte da Segunda Conferência da Cúpula de Chefes de Estado e de Governo do Conselho da Europa.

<sup>11</sup> Avis n.202 (1997), relatif au projet de protocole addtionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomedicine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, e a Directive n.534 (1997), relative à la recherche et au clonage d'êtres humains.

<sup>12</sup> Vide Group of advisers on the ethical implications of biotechnology, *Opinion on the Ethical aspects of cloning techniques*, by request of the European Commission on 28 February 1997, de 28 de maio de 1997 (relatora: Anne McLaren).

A Associação Internacional de Direito Penal, em seu *XIV Congresso Internacional de Direito Penal*, celebrada em Viena em 1988, propôs já então a tipificação penal da clonagem de seres humanos em sua Resolução 6.9<sup>15</sup>.

Do ponto de vista normativo, a legislação espanhola foi a primeira a proibi-la como infração administrativa em 1988 (Lei 35/1988, art.20.2B, letras *k* e *l*), e desde 1995 passou a constituir delito no Código Penal Espanhol (art.161.2). Também foi proibida de forma direta ou indireta em outro países. Na realidade, não costumam ser proibidas as técnicas de clonagem em si mesmas (todavia veremos mais adiante que um sistema jurídico as proíbe de forma absoluta), senão sua utilização no ser humano com fins reprodutivos, ou seja, a criação de seres idênticos por clonagem ou, ainda, outros procedimentos dirigidos à seleção da raça, que são, precisamente, as únicas hipóteses abarcadas pelo Direito espanhol.

Vejam, por conseguinte, em que termos foi proibida a clonagem de seres humanos por algumas legislações estatais, mesmo antes que fosse possível ou fosse prevista como próxima sua realização. Desse modo, o Reino Unido, em sua Lei sobre Fertilização Humana e Embriologia (*Human Fertilisation and Embryology Act*), de 1º de novembro de 1990, proíbe (ou melhor: nenhuma permissão poderá autorizar) “substituir o núcleo da célula de um embrião pelo núcleo extraído da célula de uma pessoa, de um embrião ou da que posteriormente venha a desenvolver um embrião” (art.3º.3.d). De acordo com o art.41.1.b essa conduta constitui delito e será castigada com pena de prisão não superior a dez anos, com multa ou com ambas as penas.

De sua parte, a República Federal da Alemanha, na lei sobre Proteção de Embriões de 13 de dezembro de 1990 (*Gesetz zum Schutz von Embryonen*), prescreveu: “(1) Quem artificialmente dê lugar a que seja gerado um embrião humano com informação genética idêntica a de outro embrião, feto, ser humano ou pessoa morta, será sancionado com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com pena de multa. (2) Será sancionado do mesmo modo quem transfira a uma mulher o embrião a que se refere o parágrafo 1º. (3) A tentativa é punível” (art.6º). Como se vê, aqui já é incriminada a mera criação de embriões humanos clonados e não somente o nascimento de bebês clonados.

Em França, a Lei 94-653, de 29 de julho de 1994, sobre o respeito ao corpo humano (*Loi relative au respect du corps humain*), prescreve que “ninguém poderá vulnerar a integridade da espécie humana. É proibida toda prática eugenésica destinada à organização da seleção de pessoas” (art.16-4); e mais adiante estabelece como delito punível com vinte anos de reclusão “a aplicação de prática

<sup>13</sup> Resolución sobre la clonación. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, 12-03-1997.

<sup>14</sup> Avis n.54, de 22 de abril de 1997, Réponse ao Président de la République au sujet du clonage reproductif.

<sup>15</sup> Sobre esse documento e as referências legais que se seguem vide Romeo Casabona, C. M. *Código de leyes sobre genética*. Bilbao, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia, Universidades de Deusto e do País Basco/EHU, 1997.

eugenésica destinada à organização da seleção de pessoas” (art.511.1). Ainda que de forma menos explícita que os exemplos anteriores, é possível deduzir de tal regulamentação que a mesma inclui também a criação de seres humanos por clonagem, na medida em que esta implique na seleção de pessoas com propósitos eugênicos.

Pouco será conseguido, contudo, se não forem adotadas medidas normativas e de outro tipo de caráter supra e internacional. Felizmente, está sendo seguida essa direção em relação às diversas implicações derivadas dos conhecimentos que vão sendo alcançados sobre o genoma humano, como o demonstram os trabalhos recentes do Conselho da Europa e da UNESCO, ainda que de forma demasiado imprecisa ou pouco comprometida, falhas em que incorreram inicialmente estes mesmos organismos, pois nem no Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina<sup>16</sup> nem no Projeto de Declaração sobre os Direitos Humanos e Genoma Humano destes organismos, respectivamente, era encontrada uma proibição expressa da clonagem. Não obstante, o Conselho da Europa aprovou recentemente o primeiro Protocolo adicional ao referido Convênio, relativo precisamente à proibição da clonagem de seres humanos<sup>17</sup>, e, por sua vez, o texto definitivo da Declaração da UNESCO inclui uma menção expressa à condenação da clonagem com fins de reprodução humana<sup>18</sup>.

O Conselho da Europa havia propugnado com anterioridade a proibição da criação de seres idênticos por clonagem, em várias de suas Recomendações: a Recomendação de 1986 proíbe “a criação de seres humanos idênticos mediante clonagem ou outros métodos com fins de seleção de raça ou de outra índole”, e a de 1989, em tudo o que se refere à anterior<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> O próprio Comitê Diretivo de Bioética, no ditame *supra* mencionado (*Avis sur le clonage humain*), reconhece essa lacuna do Convênio, ao propor, entre outras alternativas, uma revisão daquele, introduzindo um novo artigo (art.13 b), em termos idênticos aos propostos para o Protocolo (vide *supra*). Como vimos, não é essa a solução para a qual se inclina finalmente o Comitê Diretor, por considerar que poderia aparecer como um simples remédio a uma lacuna do texto convencional, enquanto que, ao contrário, a adoção de um Protocolo seria percebida como demonstração da capacidade da Convenção de responder rapidamente às novas descobertas científicas.

<sup>17</sup> Aprovado em 6 de novembro de 1997 e firmado em Paris por dezenove Estados membros em 12 de janeiro de 1998.

<sup>18</sup> A Declaração foi definitivamente aprovada pela 29ª Conferência da UNESCO em 11 de novembro de 1997. A referência à clonagem foi introduzida em julho de 1997 pela reunião de peritos governamentais. Segundo o art.11: “Não se devem permitir práticas que sejam contrárias à dignidade humana, como a clonagem com fins de reprodução de seres humanos. Convida-se os Estados e as organizações internacionais competentes a cooperar para a identificação destas práticas e para a adoção no plano nacional ou internacional das medidas correspondentes, de modo a assegurar o respeito aos princípios enunciados na presente Declaração”.

<sup>19</sup> Recomendação 1046 (1986), relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais (Recommendation on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes) e Recomendação 1100 (1989), sobre a utilização de embriões e fetos humanos na investigação científica (Recommendation on the use of human embryos and foetuses in scientific research), respectivamente.

Uma via indireta de proibição da clonagem poderia ser encontrada naqueles sistemas jurídicos que, sem proibir diretamente aquela ou alguma de suas variantes, limitam a seleção ou a predefinição do sexo do futuro bebê a motivos relacionados à prevenção da transmissão de enfermidades hereditárias graves vinculadas ao cromossomo sexual (neste sentido, o Convênio do Conselho da Europa de 1997, art.14; Lei Espanhola 35/1988, art.20.2.B). Nessa limitação poderia ser incluída a clonagem, enquanto que como tal já supõe a predefinição do sexo, que seria o mesmo do ser do qual provém a dotação genética completa (nos casos em que se proceda à enucleação de um ovócito, óvulo ou zigoto e à posterior transferência de um núcleo diplóide) ou, inclusive, quando são clonados um ou vários embriões a partir de outro; se bem que nesse caso não há porque seja selecionado o sexo se implica necessariamente tal seleção ou determinação a obtenção de outros clones do mesmo.

### 3. Razões para a reprovação da clonagem de seres humanos

De acordo com o exposto acima, não é exagerado afirmar que a simples perspectiva de clonar embriões humanos, seja com propósitos reprodutivos ou não, produziu uma ampla reação contrária<sup>20</sup>. Mas o que mais se destaca é a moderação dos argumentos que vinham sustentando essa posição, geralmente categóricas e definitivas.

É certo que é freqüente o recurso à vulneração da dignidade humana, na medida em que seriam coisificados ou instrumentalizados os embriões ou seres humanos resultantes das técnicas de clonagem. E ainda reconhecendo o peso dessa importante referência, não é menos certo que, como tive a oportunidade de destacar em diversas ocasiões<sup>21</sup>, não é comum um aprofundamento suficiente na concreta afetação da dignidade humana, nem, nesse caso, na especificidade do ataque que comportaria a clonagem para a dignidade humana: seria uma ameaça à comunidade, aos seres assim nascidos, aos próprios embriões? Por outro lado, do ponto de vista jurídico o conceito de dignidade humana não deixa de suscitar dificuldades, não somente interpretativas, respectivamente ao que ela possa significar para as valorações jurídicas<sup>22</sup>, mas inclusive em alguns sistemas jurídicos por sua estrita configuração como direito fundamental. Por exemplo, a Lei Fundamental Alemã de 1949 assim o proclama (art.1º.1), enquanto que na

---

<sup>20</sup> Assim o constatou em 1994 Robertson, John A. The question of human cloning, *Hastings Center Report*, 1994, v.24, n.2, p.6 e ss., que, por sua vez, não considera eticamente reprovável a clonagem na maior parte dos casos.

<sup>21</sup> Vide, por exemplo, Romeo Casabona, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madri, Cera, 1994, p.44 e ss. e 67 e ss.; *Del gen al Derecho*. Santafé de Bogotá, Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p.435.

<sup>22</sup> Vide sobre o assunto Montano, Pedro J. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, *Actualidade Penal*, 1997, n.19, p.419 e ss.

Constituição Espanhola de 1978 não há tal consideração (art.10.1) e assim o tem declarado de forma reiterada o Tribunal Constitucional espanhol, sendo que melhor é o substrato e princípio dinamizador dos direitos fundamentais e liberdades públicas que proclama a Constituição em sentido estrito.

Vejam, por conseguinte, as razões que poderiam ser opostas à clonagem em suas diversas variações, começando por alguns aspectos importantes, porém periféricos em relação à questão central.

Em primeiro lugar, deve ser levado em conta que a aplicação dessa técnica no ser humano a mais ou menos curto prazo apresentaria um inconveniente acrescentado aos que estão sendo objeto de discussão, dos quais nos ocuparemos mais adiante: a ainda rudimentar técnica poderia dar lugar a muitos fracassos (com a conseqüente necessidade de recorrer a um número maior de embriões, óvulos, etc.) e ao nascimento subsequente de seres defeituosos, em uma porcentagem relativamente alta, aspectos ambos que não podem ser desconsiderados, se fosse pretendida a aplicação dessa técnica na reprodução humana. E, também, como elemento comum de ponderação a outras formas de intervenção no genoma humano, é feita a advertência de que estas técnicas estarão longe de poder ser controladas e de prevenir efeitos secundários não previstos, cujas manifestações poderiam não ser detectáveis *in vitro* e nem durante o transcorrer da gestação, mas tão-somente depois do nascimento ou na idade adulta do indivíduo clonado; por exemplo, são feitas especulações com o possível incremento de incidências de câncer na descendência, com uma maior porcentagem de anomalias genéticas; ou sobre qual seria a idade biológica do ser (animal ou humano) clonado originado pelo procedimento de enucleação e transferência do núcleo de uma célula somática, se contada a partir do nascimento ou a partir da idade biológica do ser que foi replicado, aspecto este atualmente desconhecido. Estes riscos e inconvenientes adicionais invocam em primeiro lugar a responsabilidade dos próprios investigadores.

Há, ainda, outro fator que toma parte na controvérsia, se bem é verdade que seus efeitos só seriam sentidos a longo prazo. Como é sabido, a diversidade genética é a garantia da conservação das espécies vivas, posto que tal variedade ajuda a contar com a presença de um ou de vários genes resistentes a outros organismos patológicos ou agentes agressivos. Desta perspectiva, no ser humano são conhecidos desde há muito - ainda que de forma intuitiva - os efeitos perniciosos de uma acentuada endogamia, o que explica que já na tradição bíblica (no Levítico) sejam encontradas proibições de matrimônios entre familiares próximos biologicamente, principalmente entre irmãos, não importando para estes efeitos que fossem legítimos ou ilegítimos, ou seja, concebidos fora do matrimônio. Pelo mesmo motivo são as estritas proibições de contrair matrimônio entre consangüíneos que encontramos no Direito canônico e na legislação civil, sem exceções, aforá o tabu que rodeia o incesto em nossa cultura.

De todo modo, creio que não está sendo esquecido no debate o quão grave pode ser a aplicação dessa técnica em outros seres vivos, mais concretamente em animais superiores, posto que isso poria em perigo a diversidade biológica destas espécies se efetuada de forma massiva (p. ex., com fins agropecuários), diversidade que deve ser preservada, e não só por razões estéticas, mas para salvaguardar sua própria sobrevivência como parte da matéria viva e de seu equilíbrio<sup>23</sup>. Portanto, o desenvolvimento dessa linha de investigação e sua aplicação na melhoria dos rebanhos deveria ser compensada por medidas que garantissem a preservação da variedade biológica das espécies.

A possibilidade de clonagem de seres humanos poderia traduzir-se, enquanto decisão de caráter privado sobre a descendência reservada aos casais ou a pessoas solteiras, em uma opção de consumo entre as muitas em que está imerso o ser humano no crepúsculo do século XXI: tudo o que pode ser comprado pode ser apropriado ou utilizado, vale dizer, consumido. Todavia, conforme essa mentalidade a idéia de consumo se esgota em si mesma, em algo perecível, que provoca uma compulsão de seguir consumindo tudo o que aparece como novo; mas aqui o objeto de consumo é o futuro filho, que deverá ter sua personalidade e sua própria autonomia moral. E essa afetação a terceiros legitima, tanto ética como juridicamente, a interferência em decisões privadas, posto que já não o são tanto assim. Precisamente, a necessidade de concurso alheio - da técnica que domina o cientista -, na medida em que significa uma renúncia mínima, ainda que inevitável, ao exercício da intimidade, reforça finalmente que a ponderação sobre a prioridade dos interesses contrapostos (vida privada e intimidade, por um lado, e o bem estar do futuro filho, por outro) possa ser realizada pela sociedade sem que implique uma intromissão inaceitável, e que tal ponderação se resolva, no caso, em detrimento dos interesses dos pais.

Por outro lado, parece certo que não é factível criar seres completamente idênticos a outros já existentes, primeiramente do ponto de vista biológico, pois o DNA mitocondrial não é sempre idêntico, em razão da técnica utilizada (assim ocorre quando se transfere um núcleo a um óvulo enucleado), existem influências entre citoplasma e núcleo, assim como outras do meio uterino (hormonais nos primeiros dias de gestação), sem olvidar a possibilidade de mutações genéticas espontâneas. Em segundo lugar, é certo que o ser humano, sua personalidade, é fruto também de fatores ambientais de espaço (culturais, familiares, sociais) e de tempo (a sucessão temporal-geracional dos seres vivos em geral e do ser humano em particular, que também apresenta variações culturais). Ou seja, que se o

---

<sup>23</sup> Neste sentido aponta também o Group of advisers on the ethical implications of biotechnology, em sua *Opinion* já mencionada (pontos 1.3 e 2.4). Todavia, Lacadena (La clonación: aspectos científicos y éticos, p.287) adverte que esse risco é Impensável, "tendo em conta que a obtenção de animais clonados em mamíferos é uma técnica suficientemente complicada para não poder ser aplicada em grande escala senão para casos e circunstâncias muito precisas", e que "quando se produzirem pequenos rebanhos clonados haverá muitas diferenças genéticas entre uns e outros porque seus objetivos serão distintos".

princípio da individualização do ser humano é o resultado de sua singularidade biológica e pessoal (fruto do desenvolvimento, da educação e de outros fatores mencionados), só a primeira poderia ver-se afetada pela clonagem, isto é, pela origem clônica desse indivíduo. A este respeito, representam uma prova tranquilizadora os gêmeos monozigóticos, os quais possuindo uma dotação genética idêntica e um ambiente temporal e, geralmente, espacial semelhantes, não desenvolvem uma personalidade idêntica.

De qualquer modo, tampouco deve ser depreciado o efeito homogeneizador da indiferenciação cultural, muito mais pernicioso, em minha opinião, para o desenvolvimento singular da personalidade e, com isso, do indivíduo, que a própria clonagem biológica, cujos efeitos prejudiciais não devem ser, de qualquer maneira, menosprezados. Essa apreciação tem sido mais atrativa até o momento para as ideologias totalitárias e nela se centraram os esforços de todos os Estados que adotam tais ideologias.

O filósofo alemão Hans Jonas traçou já há alguns anos os dilemas éticos implicados na clonagem de seres humanos: “Nenhum desejo é tão perverso (como o da autoréplica), ou tão clinicamente utilitário (como o das equipes de trabalho homogêneas), ou tão científico-fanático (como o dos sujeitos de investigações iguais), como o de não encontrar, ao ser oferecido, pretendentes entre os filhos de Adão e Eva”<sup>24</sup>. Não obstante, entendia então que a busca de uma excelência merecedora de perpetuação e reprodução deveria centrar-se em uma reflexão ética, ao ter implícito um objetivo mais nobre que os anteriores.

Os juristas e os especialistas em Bioética não souberam demonstrar até o presente momento a razão para rechaçar as técnicas de clonagem aplicadas ao ser humano, afora a imprecisa referência, já assinalada, que a supõe um grave atentado à dignidade humana. A criação de seres humanos idênticos por clonagem pode significar um atentado à identidade e à irrepitibilidade do ser humano, como direito à individualidade e à condição de ser uno e distinto dos demais<sup>25</sup>, quando isso tenha sido predeterminado deliberadamente por outro ser humano<sup>26</sup>, tendo em vista a complexidade e variabilidade da natureza humana; se bem que, como veremos em continuidade, nem sempre será entendido como lesado este interesse. Como mencionado *supra*, é indubitável que a identidade do ser humano e sua condição de irrepitível é resultado de um acúmulo de fatores biológicos e ambientais dos mais variados, mas não é menos certo também que sua conformação genética é uma das bases desta irrepitibilidade, sem que esta

<sup>24</sup> Jonas, Hans. Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad. Barcelona, Paidós, 1997, p.124.

<sup>25</sup> Vide sobre bens jurídicos implicados nas manipulações genéticas e sobre os que são citados no texto em particular, Romeu Casabona C. M. La persona ante la biotecnología, la bioética y el derecho, *Folia Humanistica*, n.276, 1986, p.6; Límites penales de las manipulaciones genéticas, *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, t.III. Bilbao, Fundación BBV, 1994, p.187 e ss.

<sup>26</sup> Neste sentido, o Comitê Diretor de Bioética do Conselho da Europa, em seu Projeto de Informe Explicativo do *Avis* mencionado.

consideração suponha qualquer princípio estigmatizante para os gêmeos monozigóticos nascidos assim de forma natural. Todavia, estes bens jurídicos não encontram, em sentido estrito, suporte em algum direito subjetivo humano ou fundamental, nem em outras constituições nacionais, e tampouco até recentemente em declarações ou convenções internacionais.

De qualquer modo, os Estados que tomaram parte no Convênio sobre "Direitos Humanos e Biomedicina" do Conselho da Europa - entre eles o Estado Espanhol - encontraram neste, a partir do momento em que entre em vigor no Direito interno de cada país pelo procedimento correspondente, um precioso instrumento para a identificação e proteção destes novos direitos subjetivos, enquanto proclama não só a proteção da dignidade do ser humano, como também de sua identidade e de sua integridade, que deve estender-se à integridade genética, objeto de regulamentação específica pelo próprio Convênio, em seu artigo 13.<sup>27</sup>

Por conseguinte, uma vez perfilhada a identidade do ser humano como um direito subjetivo, estamos em condições de extrair um desdobramento da própria natureza da condição humana, baseada na dignidade e na afirmação do ser humano como ente dotado de autonomia moral e o direito a não ser predeterminado. Mas onde radica materialmente a perniciosidade do atentado à identidade e irrepetibilidade a que teria direito cada indivíduo?

De novo devemos nos socorrer na aguda perspicácia de Jonas para nos aprofundarmos nessa idéia, para quem a questão ética consiste em saber o que significa *ser* um clone para o próprio sujeito afetado: "O fato elementar e sem precedentes é que o - hipotético - clone sabe (ou acredita saber) *muito* sobre si próprio, e outros sabem (ou acreditam saber) muito sobre ele. Ambos os fatos, o próprio e suposto já-saber e o dos outros, são impeditivos da espontaneidade do seu *chegar a ser 'si mesmo'*, e o segundo fato também é um impeditivo da autenticidade dos outros para com ele"<sup>28</sup>. "É indiferente que o suposto saber seja verdadeiro ou falso (e há boas razões para supor que é essencialmente falso *per se*): é prejudicial à obtenção da própria identidade. Porque o essencialmente significativo é que a pessoa clonada *pensa* - tem que pensar - que não é o que 'é' objetivamente, no sentido substancial do ser. Em resumo: do produto da clonagem foi roubado de antemão *a liberdade*, que só pode prosperar abaixo da proteção da ignorância. Roubar premeditadamente esta liberdade a um futuro ser humano é um

<sup>27</sup> Segundo o Convênio para a "Proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano com respeito às aplicações da biologia e da medicina", de 19 de novembro de 1996 (firmado por vinte Estados em Oviedo, Espanha, em 4 de abril de 1997), em seu art.1º: "As Partes neste Convênio protegerão a dignidade e a identidade de todo ser humano e garantirão a toda pessoa, sem discriminação, o respeito à sua integridade e demais direitos e liberdades fundamentais com respeito às aplicações da biologia e da medicina." A esse respeito, o *Explanatory Report* do Convênio indica que "ficou comprovado que há um princípio geralmente aceito segundo o qual a dignidade humana e a identidade da espécie humana devem ser respeitados desde o começo da vida". Se bem que entendo que a identidade a que alude este artigo 1º é mais uma referência individual do que à espécie.

<sup>28</sup> Jonas, op. cit., p.127.

crime imperdoável, que não pode ser cometido nem uma única vez”<sup>29</sup>. O próprio Jonas reconhece que isso não ocorre com os gêmeos monozigóticos, posto que vivem simultaneamente uma situação (“é em cada caso um *novum* que ninguém conhece”<sup>30</sup>), e entendo que poderia ser predicado dos gêmeos clonados que nascem de uma gestação simultânea. Em resumo, a idéia central de Jonas está centrada na concatenação de conhecimento-ignorância-liberdade, na qual o direito à ignorância se apresenta como um bem, que identifica como uma nova teoria ética. Este direito já fez sua aparição há anos, precisamente no contexto das investigações genéticas (p. ex., em relação com as análises preditivas), como expressão de um direito a não saber; encontrou reconhecimento jurídico-formal<sup>31</sup> e pessoalmente o reconduzi à esfera da proteção da intimidade<sup>32</sup>.

De qualquer forma, insistamos mais uma vez que o componente biológico - genético - não é o único fator ou o mais decisivo para a formação da personalidade, cada indivíduo tem sua própria história que vai forjando irrepetivelmente desde o nascimento - inclusive desde a gestação, apontam os psicólogos - e em seu próprio e irrepetível meio<sup>33</sup>. Mas há de ser reconhecido o acerto de Jonas ao expressar a compulsão de um certo determinismo subjetivo sobre o ser repetido, não único<sup>34</sup>, o que não é menos perturbador, e por isso também deve ser evitado. A Constituição espanhola, quando proclama o livre desenvolvimento da personalidade como um dos fundamentos da ordem política e da paz social (art.10.1), situa nesta marco a questão.

Algo semelhante sucede com a utilização de outros procedimentos genéticos com qualquer finalidade de seleção da raça, criação de seres humanos “especializados” ou homúnculos: ao dar origem teoricamente a uma pluralidade de seres idênticos, seriam atingidas a identidade e a irrepetibilidade bem como a

---

<sup>29</sup> Jonas, op. cit., p.128. Em outro momento se expressava com menor nitidez e acerto: “um homem clonado de um indivíduo já existente teve vulnerados seus direitos existenciais fundamentais, concretamente o direito a não saber sobre si mesmo, mas encontrar-se, abrir seu próprio caminho, provar suas possibilidades e surpreender-se a si mesmo, etc., em vez de saber ser uma cópia de um ser que já viveu, no qual já foram demonstradas todas as possibilidades [...] no caso concreto um crime injustificável contra um direito existencial básico do indivíduo [...] é um privilégio especial do homem que cada um tenha sua própria personalidade e não uma repetida”. Op. cit., p.197.

<sup>30</sup> Jonas, op. cit., p.126.

<sup>31</sup> Assim, no Convênio sobre “Direitos Humanos e Biomedicina”, art.10.2.

<sup>32</sup> Vide, por exemplo, Romeu Casabona C. M. *Question de droits de l’homme dans la recherche en génétique médicale, Éthique et génétique humaine*, Estrasburgo, Les Éditions du Conseil de l’Europe, 1994, p.186; *Del gen al Derecho*, p.91 e ss.

<sup>33</sup> Robertson, op. cit., p.11.

<sup>34</sup> A esse respeito, aponta também Jonas: “Conseqüentemente não importa se a réplica do genótipo significa realmente repetição do esquema vital: o doador foi eleito com tal idéia, e essa idéia atua tiranicamente sobre o sujeito. Tampouco se trata de qual seja a verdadeira relação entre a natureza inata e a educação na formação de uma pessoa e de suas possibilidades: sua interrelação está falsificada de antemão porque o sujeito e o meio receberam ‘instruções’ para a representação”. Op. cit., p.128.

integridade genética dos indivíduos assim nascidos, enquanto esta também teria sido manipulada - ou, ao menos - selecionada.

Como se pode ver, algumas destas possibilidades questionam o ressurgimento do pensamento eugênico em manifestações não diretamente vinculadas com a busca da melhoria da saúde dos futuros indivíduos, mas com propósitos racistas absolutamente censurados por uma consciência universal.

Por outro lado, a clonagem realizada por meio da transferência de um núcleo a um óvulo ou zigoto previamente enucleados atenta também contra o direito do futuro filho a ter um pai e uma mãe biológicos - genéticos.

Com relação à clonagem como procedimento de suporte das técnicas de reprodução assistida (p. ex., para dispor de um número adequado de embriões *in vitro* pré-implantatários para ulterior transferência quando já obtido algum óvulo da paciente e sua fecundação, é difícil ou impossível obter outros) não parece em si mesma reprovável, posto que, em sentido estrito, não implica necessariamente em manipulações genéticas, nem supõe - ou sempre que não suponha - replicar um ser preexistente - vivo ou morto -, afetando a sua identidade, como indicado *supra*, como tampouco implica em privar-lhe de um pai e mãe genéticos, mas imitar a natureza respectivamente aos gêmeos monozigóticos, sendo mesmo possível que não se produza este resultado<sup>35</sup>.

Tampouco suscita problemas especiais a separação de uma ou várias células - totipotentes - do blastômero com fim de efetuar uma análise genética diagnóstica, sempre que com o desentranhamento não se prejudique a integridade do blastômero, pois, como já indicado acima, em todos esses casos as garantias técnicas devem ser elevadas ao máximo nível de exigência.

Certamente seria reprovável, por outro lado, reservar embriões *in vitro* congelados para transferi-los a uma mulher para procriação após o nascimento do primeiro indivíduo surgido desse conjunto de clones, tenha ele falecido ou não; ou quando, sendo o casal estéril, e sendo impossível obter gametas de ambos ou de um deles, se pretendesse obter um filho clonado de um dos membros do casal. Também é condenável que se trate de "recuperar" um filho anteriormente perdido, ou se busque um filho idêntico a um indivíduo admirado, ou se manipule previamente o DNA com fins seletivos de perfeição para dar lugar à continuação de seres idênticos, etc. A imaginação, ampla, não deixa de conjecturar possibilidades, ainda que remotas.

Por esse motivo, deveria ser ponderado globalmente o custo-benefício de permitir esse procedimento, inclusive como auxiliar das técnicas de reprodução

---

<sup>35</sup> Por exemplo, se só chega a ser implantado um dos embriões transferidos. É inclusive imaginável que o domínio das técnicas permitisse no futuro garantir a gestação transferindo um só embrião sempre que fosse possível assegurar sua implantação; também seria possível obter embriões clonados de outros obtidos *in vitro* diferentes entre si; de forma que fossem guardados como reserva na previsão de tentativas de gravidez falidas e que a cada tentativa os embriões transferidos não fossem clones entre si.

assistida no sentido apontado acima, pelos riscos de desvios graves que pode gerar<sup>36</sup>, salvo se fosse possível discriminar de forma efetiva as técnicas admissíveis das proibidas. Por outros motivos, também costuma ser rechaçada a clonagem como procedimento de ajuda à reprodução humana, por implicar sempre uma instrumentalização dos seres assim nascidos<sup>37</sup>. Inclusive foi posta em dúvida por alguns a clonagem como procedimento diagnóstico de enfermidades das quais poderiam ser portadores embriões *in vitro* antes de decidir sua possível transferência para procriação (ou seja, extrair uma célula do blastômero), porém já assinaléi que o único ponto que estimo discutível é a falta - no momento - de garantias técnicas suficientes para não lesar o blastômero na medida em que poderia ser utilizado para reprodução.

Recorde-se, por outro lado, o indicado *supra* sobre o fato de a diversidade genética poder contribuir decisivamente para preservar a espécie humana frente a enfermidades infecciosas ou agentes externos de outro tipo às quais poderia ser vulnerável uma determinada configuração genética, apesar de tratar-se mais de uma advertência, uma vez que os riscos de empobrecimento do genoma humano são muito remotos.

Finalmente, a possibilidade de criação de embriões clonados como fontes de órgãos ou tecidos para transplante em caso de enfermidade da pessoa de quem provém o genoma replicado opõe-se à proteção jurídica que se reconhece ao embrião *in vitro*, que se traduz na proibição da fecundação de óvulos com fins distintos da procriação<sup>38</sup>. Em minha opinião, é preferível apoiar a investigação no sentido do xenotransplante, posto que mesmo implicando a utilização de genes humanos isolados em animais, este procedimento suscita menos reservas éticas, e algumas delas - as mais importantes no momento - giram mais em torno dos riscos (p. ex., a transmissão de patógenos do ambiente animal para o ser humano, como

---

<sup>36</sup> Vide Higuera Guimera, Juan Felipe. Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, n.1, p.70 e ss.

<sup>37</sup> Neste sentido, o Group of advisers on the ethical implications of biotechnology, em sua *Opinion* ("...acarreta sérios dilemas éticos, relacionados com a responsabilidade humana e a instrumentalização de seres humanos", ponto 1.18; no ponto 2.7, insiste em sua objeção ética, ainda que compreensível). Essa parece ser também a opinião do Comitê Diretor de Bioética do Conselho da Europa, em seu Projeto de Informe Explicativo, cit., pois entende que mesmo se no futuro se pudesse teoricamente conceber uma situação que parecesse excluir a instrumentalização de seres humanos clonados artificialmente, isso não poderia ser considerado um argumento suficiente para justificar eticamente a clonagem de seres humanos, e, dado que uma recombinação genética natural pode oferecer ao ser humano uma liberdade maior que uma composição genética predeterminada, é interesse de cada um conservar o caráter essencialmente aleatório da composição de seus próprios genes.

<sup>38</sup> Além disso, sendo a enfermidade de origem genética, o embrião criado com este fim seria portador da mesma moléstia, o que requereria uma intervenção genética prévia neste, e acrescentaria os problemas específicos decorrentes da terapia gênica.

vírus) de todo tratamento inovador ou experimental para o paciente-receptor que o mero recurso a genes humanos<sup>39</sup>.

#### **4. A clonagem e a liberdade de investigação**

Houve tentativas de demonstrar de forma sucinta, mas clara, que a criação de seres clonados atenta, na maior parte dos casos expostos, contra valores socialmente reconhecidos. Todavia, é mantida a pergunta sobre se a proibição da criação de embriões clonados destinados à investigação supõe uma limitação excessiva para a liberdade de investigação.

Costuma ser aceito sem maiores discussões que o direito à produção e investigação científica se apresenta como outro interesse evidentemente digno de proteção, mas em ocasiões contrapostas a outros valores individuais e coletivos. Com efeito, a investigação científica tem como suporte irrenunciável a liberdade de investigação, concebida como direito à criação e à produção científicas, com o que são atendidos de forma primária os interesses do investigador ou cientista, mas também o direito coletivo de promover o progresso científico pelo benefício geral que possa ser proporcionado à sociedade. Daí também outra conseqüência deve ser igualmente garantida e protegida: a difusão e a circulação da informação e do conhecimento científicos<sup>40</sup>.

De qualquer modo, não é pacífico o entendimento do alcance de tal direito no que se refere à aquisição mesma do conhecimento. As posições são, fundamentalmente, três<sup>41</sup>: segundo a primeira, a obtenção de informação, de conhecimento científico, não deve estar sujeita a limitação alguma, posto que o conhecimento enquanto tal não é prejudicial, mas sim a utilização posterior que do mesmo se faça. A segunda posição sustenta que a investigação dirigida diretamente à aquisição de determinados conhecimentos para valer-se deles posteriormente em prejuízo dos indivíduos ou da sociedade pode ser contrária à ética, e por isso estaria então justificada sua proibição. E, finalmente, a posição que sustenta que a aquisição de conhecimento enquanto tal não deve sofrer nenhum tipo de limitação, sem prejuízo das que correspondam à sua posterior utilização ou aplicação. Posição esta última com a qual se deve acordar, acrescentando que é legítima a proibição de determinados procedimentos ou métodos de obtenção do conhecimento científico na medida em que envolvam seres humanos (inclusive o concebido), outros

---

<sup>39</sup> Vide Nuffield Council on Bioethics, *Animal-to-human transplant. The ethics of xenotransplantation*, Londres, 1996.

<sup>40</sup> Vide Romeo Casabona. *Questions de droits de l'homme dans la recherche en génétique médicale*, p.183 e ss.; Widmer, Pierre. *Questions de droits de l'homme dans la recherche en génétique médicale*, p.191 e ss.

<sup>41</sup> Vide Romeo Casabona. *Del gen al Derecho*, p.329 e ss.; Martinez, Stella Maris. *Manipulación genética y Derecho Penal*. Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994, p.104 e ss., que, de outro ângulo, distingue quatro políticas possíveis.

componentes biológicos humanos e outros bens dignos de proteção (p. ex., os animais).

Portanto, mesmo que seja reconhecida a legitimidade da investigação científica e propugnado seu incentivo tanto pelos poderes públicos como pela iniciativa privada, esta liberdade - como qualquer outra - tem seus limites. Limites que novamente nos recordam a necessidade de que os mesmos devem ser determinados, e que devem ser encontrados tanto nos interesses individuais como nos coletivos, na proteção de um bem garantido constitucionalmente ou por outra norma jurídica; vale dizer, que os direitos fundamentais do indivíduo constituem o limite intransponível, sem prejuízo das variações que exijam as situações concretas; o ser humano, cada ser humano, é um valor em si mesmo que deve ser respeitado sem consideração aos benefícios que possam ser obtidos em proveito de terceiros ou da coletividade em seu conjunto<sup>42</sup>.

Ante o exposto, recordemos que a clonagem como procedimento de investigação e experimentação científicas comporta o recurso a gametas e embriões humanos. Qualquer procedimento que dê lugar a embriões com fins experimentais implica, por definição, que não serão utilizados para reprodução, com o que fica - ou deveria ficar - excluída a hipótese de transferência ao útero de uma mulher de um embrião clonado que tenha sido objeto de experimentação; ou seja, esta possibilidade deve ser absolutamente proibida. Contudo, a maior parte dos sistemas jurídicos proíbe a criação de embriões com fins distintos da reprodução, sendo inclusive vedada expressamente sua criação com fins experimentais ou de investigação, industriais ou comerciais.

Em qualquer caso, esta questão está diretamente vinculada com a discussão sobre a possibilidade geral de utilizar embriões com fins de investigação ou experimentação, sobre a qual não há critérios uniformes. Assim, fruto desta controvérsia é o preceito do Convênio sobre "Direitos Humanos e Biomedicina", que reflete uma solução mais ou menos aberta e de compromisso, não tendo sido obtido consenso a respeito, salvo no que diz respeito à criação de embriões com fins de experimentação, que é expressamente proibida: "1. Quando a lei permita a investigação sobre embriões *in vitro*, esta deve assegurar uma adequada proteção ao embrião. 2. É proibida a criação de embriões com fins de experimentação" (art.18).

A clonagem de genes isolados ou de um genoma em laboratório não suscita - ou não deveria suscitar - especiais receios, enquanto não suponha a formação de um zigoto viável. Por conseguinte, a aplicação de técnicas de clonagem sobre

---

<sup>42</sup> Neste sentido, a Recomendação do Conselho da Europa, 934(1982), *On genetic engineering*, assinala: "A liberdade de investigação científica - valor fundamental de nossa sociedade e condição para sua adaptação às transformações do ambiente mundial - carrega consigo obrigações e responsabilidades, especialmente ao que se refere à saúde e à segurança da população em geral e dos restantes trabalhadores científicos, bem como à não contaminação do meio ambiente" (princípio 3, III).

moléculas, genes, células ou tecidos humanos para investigação deve ser permitida<sup>43</sup> e apoiada, no caso, dentro do marco geral que deve reger a experimentação, posto que pode permitir lograr informações muito importantes do ponto de vista biológico e médico, como conhecer melhor a estrutura e desenvolvimento celular, o processo de algumas enfermidades, como o câncer, entre outras. Do mesmo modo, outras técnicas que consistam na utilização de genes humanos sobre animais, com fim de obter produtos terapêuticos de consumo humano, ou a experimentação com animais com fins médicos, agropecuários e outros, sempre que se respeitem os princípios da boa prática sobre eles<sup>44</sup>.

Como reflexão final sobre esta questão, digamos que unicamente quando estivesse em sério perigo a sobrevivência da espécie humana - hipótese excepcional só imaginável ante uma catástrofe de magnitude universal - os interesses individuais poderiam ser subordinados à proteção daquela.

## 5. Os delitos de clonagem e outros procedimentos para a seleção da raça no Código Penal Espanhol

Como apontado *supra*, o Código Penal de 1995 prescreveu como delito a clonagem, que já figurava como infração administrativa na Lei 35/1988, de 25 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida. Assim reza o art. 161.2: “Com a mesma pena serão castigados a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça”.

Não parece muito correta a redação desta figura delitiva<sup>45</sup>. De início, o tipo está redigido de forma muito confusa, pois não deixa claro qual é o núcleo da ação: se é a criação de seres idênticos através dos procedimentos assinalados pelo preceito, ou esta conduta e a utilização de qualquer procedimento com fins de seleção da raça<sup>46</sup>; vale dizer, se se trata de um só tipo com estrutura comissiva alternativa ou, pelo contrário, de tipos diferentes. A questão não é intranscendente, pois da conclusão obtida dependerá em boa medida a extensão do delito, ao ser esclarecido se estamos diante de uma só conduta típica ou de duas diferentes. A segunda interpretação possível é deduzida pelo emprego do verbo “castigar” no

<sup>43</sup> Vide, neste sentido, a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, sobre doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos, art.8.2, letra b.

<sup>44</sup> Vide, a respeito, o Group of advisers on the ethical implications of biotechnology, em sua *Opinion*, pontos 2.2 e 2.3.

<sup>45</sup> Sobre o assunto tratei em Romeo Casabona, C. M. Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas, *Derecho y Salud*, 1996, v.4, n.2, p.156 e ss. Devo precisar que, tendo em vista as publicações aparecidas posteriormente à minha e, sobretudo, após a discussão da tese de doutorado por mim orientada, de autoria da Dra. Paulina Silva Salcedo, intitulada “La protección penal del embrión humano preimplantatorio”, pendentes sua leitura e defesa, abrandei ou modifiquei alguns de meus posicionamentos anteriores.

<sup>46</sup> Disjuntiva que também menciona Benítez Ortúzar, Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética, p.475.

plural, ("serão castigados"), que alude a duas condutas diferentes, além da omissão de uma segunda proposição "por" imediatamente antes de "outros procedimentos", que permitiria estabelecer melhor uma unidade descritiva da ação. Todavia, em favor da primeira interpretação entra em jogo a omissão de um verbo ou substantivo que expresse uma ação diferenciada para o segundo inciso (p. ex., "utilizar" ou "a utilização de"), e a preposição "ou" sugere a alternância dos procedimentos para criação de seres idênticos. São deploráveis os defeitos em que incorreu o legislador quando da redação destes delitos já em si mesmos tão complexos, com o conseqüente prejuízo para o princípio da taxatividade e para a segurança jurídica.

Sendo aparentemente admissíveis ambas as interpretações, inclino-me pela segunda - dos tipos diferenciados<sup>47</sup> -, que é mais ampla, dada a gravidade dessas condutas, além do que a criação de seres idênticos por clonagem não supõe necessariamente que seja sempre perseguida como objetivo a seleção da raça, mas, como visto acima, outros fins meramente reprodutivos, ainda que desviados, sem prejuízo de que uma vez "selecionada" uma raça seja a clonagem o procedimento idôneo para a reprodução em série da seleção obtida. Por outro lado, a primeira interpretação (uma só ação: a criação de seres idênticos; dois procedimentos: por clonagem ou outros procedimentos) significaria que os outros procedimentos dirigidos à seleção da raça são idôneos para criar seres idênticos, e, no momento, este resultado só é concebível através de técnicas de clonagem. A ajuda definitiva para o critério apontado pode ser obtida da Disposição final terceira do próprio CP, que derroga várias infrações administrativas da Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida, concretamente, em relação ao caso em apreço, as contidas nas letras "k" e "l" do art.20.B.2<sup>48</sup>: criar seres humanos idênticos, por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça; e a criação de seres humanos por clonagem em qualquer das variantes ou qualquer outro procedimento capaz de originar vários seres humanos idênticos. Não é que o legislador tenha utilizado precisamente uma técnica refinada e depurada na redação dessa lei de 1988, cujos pontos polêmicos encontram aqui um de seus melhores e não únicos exemplos. Mas, apesar disso, tentaremos oferecer uma interpretação o mais coerente possível.

Com efeito, na linha de interpretação proposta, a supressão dessa segunda infração sugere que nem toda clonagem seja dirigida à seleção da raça, avocando para isso que dita supressão se justifica porque o comportamento fica já integrado neste tipo penal; do contrário, teria - ou deveria ter - sido mantido como infração administrativa na lei indicada. Por conseguinte, com a derrogação dessas infrações o legislador quis salvar o princípio *ni bis in idem*, de modo que as infrações administrativas que foram convertidas em delitos do Código Penal foram

<sup>47</sup> No mesmo sentido, Benítez Ortúzar, op. cit., p.476; Serrano Gomez, Alfonso. *Derecho Penal, Parte Especial*, 2 ed. Madri, Dykinson, 1997, p.132.

<sup>48</sup> Outras relações entre essas infrações suprimidas e o art.161.2 do CP são abordadas por Benítez Ortúzar, op. cit., p.474 e ss.

suprimidas. Isso significa, como proponho, que deve ser entendido que ambas as infrações, que apresentavam um conteúdo diferente (do contrário, não teria sentido sua repetição como infrações separadas), ainda que próximo, foram absorvidas pela figura delitiva em análise.

Em minha opinião, a primeira infração administrativa proibia a criação de seres idênticos através de clonagem ou por outros procedimentos com fim de seleção da raça; e a segunda a criação de seres idênticos através de procedimentos similares (clonagem e "outros") com qualquer outra finalidade, por exemplo, meramente reprodutiva em suas diversas variantes e propósitos. Se foram suprimidas tais infrações daquela lei significa que ambas devem estar integradas - ainda que com limitado ajuste - no novo delito. Do contrário, teria que concluir que a criação de seres idênticos com finalidade distinta da seleção da raça seria lícita, pois não seria delito nem tampouco infração administrativa, dado que neste caso a finalidade específica - a seleção da raça - presidiria o fato delitivo; mas a gravidade deste não se compadece com essa conclusão, pelo que deve ser rechaçada. Deste modo o plural de "serão castigados" adquire pleno sentido, apesar de sua imperfeição.

Em resumo, mesmo coincidindo o tipo delitivo em sua redação com a primeira infração administrativa derogada (salvo uma significativa vírgula, que foi eliminada), deve ser entendido que, por um lado, é vedada a criação de seres idênticos através de clonagem com qualquer fim (indubitavelmente, também a seleção da raça), ainda que não esteja abarcado pelo tipo, e, por outro, a utilização de qualquer procedimento dirigido à seleção da raça. Tenha-se em conta que o único procedimento atualmente conhecido para criar seres humanos idênticos, ainda que hipoteticamente, é a técnica da clonagem (em sua variante da divisão de embriões), e ainda que a seleção da raça pressuponha no geral a configuração de indivíduos com semelhantes características fenotípicas, o fim de seleção da raça não inclui no tipo que tal resultado chegue a ser produzido (delito de intenção de resultado cortado): uma vez conseguido um "exemplar" com certas características diferenciadas dos demais seres humanos (de outra "raça") por qualquer procedimento, será necessária a clonagem para a reprodução de outros indivíduos geneticamente idênticos. O legislador deveria revisar tanto as Leis de 1988 como o Código Penal, ainda que só para melhorar sua redação<sup>49</sup>, sem entrar em outras não menos importantes considerações político-criminais.

Em todo caso, deve ser valorada favoravelmente a introdução desses tipos delitivos, por seus previsíveis efeitos preventivos frente a certas linhas de investigação e de experimentação, mais que aos fatos punidos em si mesmos,

---

<sup>49</sup> Outro defeito, por exemplo, se refere a "a mesma pena será imposta", quando no parágrafo anterior são mencionadas duas penas cumulativas; ressalvado que o equívoco se encontra em outros preceitos, que num suposto similar fazem uma remissão no plural (p. ex., art.197.2; ao inverso, o art.195.2 efetua uma remissão no plural quando no parágrafo anterior não há dúvida de que a pena é única).

pouco factíveis em um futuro imediato, apesar dos últimos avanços obtidos em mamíferos (técnica de enucleação e transferência do núcleo proveniente de célula somática) e até em embriões humanos (divisão de embriões). De qualquer modo, a hipótese de sua comissão justifica plenamente a intervenção do Direito Penal, dada tanto a gravidade que apresentam as ações típicas com a importância dos bens jurídicos que se pretende proteger, e é em casos como esses que o Direito Penal deve potencializar sua função preventiva antes da repressiva.

O bem jurídico protegido apresenta várias projeções e requer um exame autônomo dos tipos delitivos estabelecidos<sup>50</sup>. No primeiro tipo delitivo é protegida de forma direta a identidade e a irrepetibilidade do ser humano<sup>51</sup>, de cada indivíduo nascido clonado de outro (sobre isso falaremos mais tarde), assim como, em algumas modalidades de clonagem, a dupla progênie biológica (pai e mãe). Trata-se, por conseguinte, de um bem jurídico de caráter individual. Sobre o sentido de identidade e irrepetibilidade já ocupei-me *supra*.

No segundo tipo delitivo a identificação do bem jurídico protegido apresenta maiores dificuldades. Com os procedimentos de seleção de certos caracteres biológicos estão sendo predeterminados os caracteres dos indivíduos que nasçam desse modo. Ou seja, ao menos como um primeiro passo, implica a finalidade de criar indivíduos distintos a outros preexistentes, diferentemente da clonagem, com algum traço novo ou potencial; dado que a seleção da raça implica como passo ulterior a perpetuação do resultado obtido, mediante duplicação - clonagem - ou outro procedimento (p. ex., a reprodução destes indivíduos). Por

---

<sup>50</sup> Como teremos ocasião de comprovar adiante, alguns autores, talvez devido ao fato de considerarem que o tipo está constituído por uma só ação - hipótese que descartamos -, apontam um bem jurídico plural, individual e coletivo (identidade e irrepetibilidade do ser humano e intangibilidade do patrimônio genético). O que parece correto, ao menos *de lege lata*, é considerá-los de significado equivalente. Aquele ponto de partida deu lugar também a discrepâncias doutrinárias sobre se se trata de um delito de perigo abstrato ou de resultado material. A isso daremos resposta mais adiante.

<sup>51</sup> Neste sentido, Benítez Ortúzar, op. cit., p.477 ("enquadra-se no natural desenvolvimento evolutivo da espécie humana, centrando-se especificamente na própria identidade genética de cada um dos indivíduos que formam ou vão formar a comunidade constituída pela espécie humana"); De la Cuesta Arzamendi, José Luís. Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal español de 1995, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, n.5, p.68; Gonzalez Cussac, José et alii, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. T. Vives), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.831, acrescenta a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético humano, porém considera a vida pré-natal como bem jurídico genérico protegido pelo conjunto de delitos agrupados no Título sobre manipulação genética; Gracia Martín, Luis, in Diez Ripolles, José; Gracia Martín, Luis, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.689; Higuera Guimera, Juan Felipe, *El Derecho Penal y la genética*, Madri, Trivium, 1995, p.247 e ss., como concreções da dignidade humana; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p.130; Peris Riera, Jaime M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Madri, Civitas, 1995, p.179; Valle Muñoz, José Manuel et alii, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal* (Dir. G. Quintero), Pamplona, Aranzadi, 1996, p.132, parece identificar a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético humano com "o direito à própria identidade do ser humano". Para Serrano Gomez, *Derecho Penal, Parte Especial*, p.132, o primeiro valor protegido é a dignidade da pessoa humana.

consequente, está sendo afetada de algum modo a integridade genética da espécie humana, com um propósito eugênico<sup>52</sup> e racista, e uma potencialidade discriminatória. A isso queria aludir com referência à intangibilidade do patrimônio genético em outro trabalho anterior<sup>53</sup>, não do possível indivíduo afetado, mas do que geneticamente é característico do ser humano em geral, ainda que a ação não comporte em sentido estrito nenhuma manipulação genética. Acredito assim que o bem jurídico apresenta em primeiro lugar uma dimensão coletiva, pois a utilização de qualquer procedimento com tais propósitos dá lugar à existência do delito, consumado, ainda mesmo que não chegue a nascer nenhum indivíduo com as características propostas pelo sujeito ativo do delito. Se efetivamente chega a ocorrer algum nascimento haverá um atentado também contra a identidade ou irrepetibilidade, segundo o caso, desse indivíduo. É certo também que esse *plus* não aparece abarcado pelo tipo, nem se reflete na pena, sem prejuízo de que seja aplicado o concurso de delitos com o de clonagem e/ou o de manipulações genéticas, se são realizadas todas as respectivas condutas típicas. Ante o exposto creio que, *de lege ferenda*, a pena deveria ser maior nesse delito que no de clonagem, como tratarei de justificar mais adiante.

Tampouco deve ser esquecida a importância da diversidade biológica, pois garante, a longo prazo, a sobrevivência das espécies, neste caso da espécie humana<sup>54</sup>. Além disso, ambos os delitos apresentam uma ulterior proteção individual, enquanto tal lesão comporta ao mesmo tempo um atentado à dignidade das pessoas afetadas, no caso de que cheguem a nascer, apesar dessa dimensão não aparecer diretamente protegida.

O objeto material da ação pode ser os gametas e os pré-embriões humanos<sup>55</sup>.

O primeiro tipo abarca a criação de seres humanos idênticos através de clonagem. Todavia, a expressão “criação de seres humanos idênticos” gera diversos problemas interpretativos. Em primeiro lugar, a expressão está no plural: significa isto que o tipo exige que tenham sido produzidos vários indivíduos clonados ao mesmo tempo ou, ao menos, sucessivamente? Claro que esses casos estão perfeitamente abarcados pelo tipo, mas sabemos que tecnicamente é admissível a hipótese de que nasça um só indivíduo idêntico a outro anterior, vivo

---

<sup>52</sup> No sentido amplo da expressão, de fomento não terapêutico de certos riscos biológicos, ainda que não contribuam - nem seja perseguida - a melhora da espécie. Aponta também uma possível motivação eugênica, Lacadena, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético*, p.213 e ss.

<sup>53</sup> Vide Romeo Casabona, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, p.176. Também neste sentido, De la Cuesta Arzamendi, op. cit., p.70, que, acertadamente, marca as relações e diferenças com o delito de manipulações genéticas do art.159; ainda, Valle Muñiz, op. cit., p.132.

<sup>54</sup> Gracia Martín, op. cit., p.689 e ss., entende igualmente que concorre esse interesse coletivo, mas que constitui tão-somente a *ratio legis* do mesmo, opinião da qual compartilho.

<sup>55</sup> Benítez Ortúzar, op. cit., p.478 e ss.

ou morto. Para resolver essa questão, devemos responder previamente a outra pergunta: devem ser criados seres idênticos, mas idênticos a quem? Posto que a replicação, "o ser idêntico a", requer a técnica da clonagem, a identidade se refere a todo ser que seja clonado ou repetido. Por conseguinte, o tipo inclui não só as hipóteses de criação de seres clonados em série, numa mesma gravidez ou em várias gestações sucessivas ou simultâneas (várias mães portadoras), que seriam idênticos entre si, mas também quando é produzido tão-somente um ser através de clonagem, idêntico a outro pré-existente, vivo ou morto. A segunda questão refere-se ao alcance da expressão "seres humanos": inclui os embriões *in vitro*?<sup>56</sup> Várias razões nos levam a descartar essa possibilidade<sup>57</sup>. Em primeiro lugar, o mais lógico teria sido mencioná-lo expressamente, como ocorre no direito comparado, quando considerado oportuno. Em segundo lugar, o contexto da Lei 35/1988, no qual tem origem o delito é pródigo na exclusão do embrião, tanto por referências expressas dirigidas ao mesmo ou ao ser humano<sup>58</sup>, quanto pelo sentido das infrações administrativas derogadas ao serem incorporadas ao Código Penal como delito. Conseqüentemente, o tipo comporta o nascimento de um ser humano clonado, e por isso é um delito de resultado material<sup>59</sup>.

Por conseguinte, não estão inclusas no tipo as práticas de clonagem com material humano em si mesmas, como sua realização em moléculas, genes, células ou tecidos humanos, ou a obtenção de vários embriões humanos a partir de outro prévio para utilizá-los - quando tenha havido dificuldade para conseguir outros pelas técnicas de fertilização de óvulos *in vitro* ou de hiperestimulação ovária - com o fim de tentar outras tantas vezes a gravidez de uma mulher, *sempre* que, nesse último caso, só se dê lugar à gestação e nascimento de *um* deles. Tampouco fica abarcada pelo tipo a obtenção de uma célula totipotente do embrião pré-implantatório *in vitro*, destinada à realização de uma análise genética (diagnóstico pré-implantatório), ou de uma terapia gênica - na linha germinal -, nem a obtenção de vários embriões clonados *in vitro* (p. ex., para experimentação) enquanto não sejam transferidos a uma mulher; todavia, em alguns casos poderia existir o delito de fecundação de óvulos humanos com fins distintos da procriação humana.

Sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, sem prejuízo de que seja requerida uma especial qualificação para que se possa levar a cabo essas técnicas, o que de fato limita drasticamente o círculo de possíveis autores. Sujeito passivo do delito será o indivíduo nascido através de clonagem. Entretanto, se do fato houver

---

<sup>56</sup> Tenha-se em conta que essa questão interpretativa foi deixada deliberadamente em aberto no Convênio do Conselho da Europa sobre "Direitos Humanos e biomedicina", com fim de deixar maior liberdade aos Estados integrantes do mesmo, em atenção às previsões de seu direito interno respectivo.

<sup>57</sup> Vide argumentos similares em De la Cuesta Arzamendi, op. cit., p.69, que acrescenta, além disso, o princípio da intervenção mínima.

<sup>58</sup> Por exemplo, na infração da letra s, do art.20.2.B: ao aludir à ectogênese "ou criação de um ser humano individualizado em laboratório".

<sup>59</sup> Neste sentido, De la Cuesta Arzamendi, op. cit., p.68.

tentativa, admissível, como veremos depois, terá lugar a situação na qual o sujeito passivo não chegou a consubstanciar-se, e não creio que nesse caso possa ser exortada tal qualidade do embrião ou feto (ressalte-se que aquele pode não chegar a implantar-se ou este pode morrer por problemas vinculados à própria clonagem).

De acordo com o que vem sendo proposto, não é exigida pelo tipo a finalidade de seleção da raça nem qualquer outra, basta a presença do dolo, direto ou eventual, de dar nascimento a seres humanos clonados, mesmo que normalmente ocorra o primeiro (mas considere-se que são transferidos vários embriões clonados com esperança de que só se desenvolva um deles, sendo assumido o risco de que cheguem a ser implantados todos ou vários). Não cabe a comissão culposa ou imprudente, por não estar expressamente tipificada.

A tentativa é possível desde que os embriões clonados sejam utilizados para reprodução humana, ou seja, desde que sejam transferidos a uma mulher, mesmo que aquela fracasse desde o início. Em minha opinião, a mera obtenção de um ou vários clones *in vitro* sem que seja iniciada sua transferência pode constituir um ato preparatório impune. De qualquer modo, também haveria tentativa punível se fosse iniciado com um clone o procedimento de ectogênese, sempre que essa tivesse aparente viabilidade, dado que o art.16 do CP (sobre a tentativa de delito) requer que a ação seja perigosa.

No segundo tipo é incriminada a utilização de outros procedimentos dirigidos à seleção da raça. Deveria ter sido mais explícito o legislador sobre os procedimentos abarcados pelo tipo, pois de início poderiam ser incluídas as práticas de esterilização de grupos populacionais, já tipificadas no delito de genocídio (art.607.1.2ª). Nesse contexto, devem ser limitadas a práticas de seleção positiva para reprodução por meio de procedimentos biológicos: seleção de gametas e de zigotos sem objetivos de prevenir enfermidades; formação de híbridos de humano e animal mediante a fusão de seus respectivos gametas ou a seleção de alguns de seus genes<sup>60</sup>. A seleção da raça não deve ser entendida, pois, como o favorecimento da extensão ou preponderância biológica de umas raças frente a outras se não são utilizados aqueles procedimentos (inclusive, se fosse o caso, provavelmente se adequariam ao tipo a criação de seres idênticos através de clonagem), mas como a seleção de certas características biológicas ou a criação de outras novas na espécie humana<sup>61</sup>, tenham natureza eugênica ou de melhora ou não, ou o contrário<sup>62</sup> (p. ex., de especialização ou capacidade biológica ou habilidade, em detrimento das outras).

---

<sup>60</sup> Essa conduta constitui uma infração administrativa, de acordo com a Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida de 1988, art.20.2.B, r. Sobre as relações entre essa infração e a penal e propostas de critérios de delimitação do âmbito de uma e outra, vide Benítez Ortúzar, op. cit., p.480.

<sup>61</sup> Também considera incorreta a referência à raça, sendo melhor à espécie, Benítez Ortúzar, op. cit., p.479.

<sup>62</sup> Neste sentido, Serrano Gomez, op. cit., p.133.

Como assinalai acima, o resultado da seleção da raça não é exigido pelo tipo, pelo que basta a utilização de quaisquer procedimentos que possuam em si mesmos essa capacidade seletiva. Nesse caso, não parece necessária para a configuração do delito - consumado, pois não entendo como admissível a tentativa - a transferência a uma mulher de um embrião fruto desses procedimentos. De acordo com essa compreensão do tipo, trata-se de um delito de perigo abstrato<sup>63</sup> e não de resultado material. Não obstante, é indubitável que junto ao dolo deve concorrer essa finalidade (elemento subjetivo do injusto), que configura o delito como de resultado cortado, segundo o que foi dito.

Em nenhum dos delitos é admissível a concorrência de quaisquer causas de justificação<sup>64</sup>, uma vez delimitado o âmbito típico respectivo, que marca ao mesmo tempo o espaço lícito de acordo com a normativa específica (Lei 35/1988), pois apontamos algumas possibilidades de técnicas de clonagem que, enquanto tais, são alheias ao tipo. Mas uma vez constatada a tipicidade, não há sequer resquício da existência dos *pressupostos fáticos* - e não de seus requisitos - das causas de justificação correspondentes.

Se realizado o fato por meio de intervenções genéticas, entraria em concurso - ideal - com o delito de manipulações genéticas, pois abarca também - ou seja, é compatível - o elemento subjetivo de seleção da raça, aqui presente<sup>65</sup>. E o mesmo critério deveria ser aplicado se utilizada, além disso, a clonagem.

Quanto às penas, parece adequado para os fins preventivos assinalados sua natureza mista cumulativa, integrada por uma privativa de liberdade (de um a cinco anos) e outra de inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício (de seis a dez anos). Ocasionalmente foi censurada a leveza da pena de prisão (que por sua duração mínima, é suscetível de beneficiar-se dos substitutivos penais previstos pelo CP, vale dizer, o condenado pode subtrair-se ao cumprimento efetivo da privação da liberdade; v. arts.81 e 88). Dado o sistema geral de penas estabelecido pelo novo CP, o objetivo de aproximação entre pena nominal e pena efetivamente cumprida, as relações internas das penas previstas para os diversos delitos, de acordo com o princípio da proporcionalidade, não estimo necessária sua elevação, que em todo caso poderia ser sutil. Todavia, parece certo que dentro do Título dedicado a esses delitos, o princípio da proporcionalidade nem sempre foi respeitado satisfatoriamente. Desse modo, não está justificada a equiparação punitiva entre o primeiro parágrafo e o segundo do art.161. A pena do primeiro (fecundar óvulos humanos com qualquer fim distinto da procriação humana) deve

---

<sup>63</sup> Neste sentido, mas para todo o conjunto do art.161.2, Peris Riera, op. cit., p.181.

<sup>64</sup> Benítez Ortúzar, op. cit., p.482; Gracia Martín, op. cit., p.692; mas, como se deduz da configuração de ambos os tipos, não se trata de delitos com objeto plural inequivocamente ilícito, pois em ambas as hipóteses o objeto pode ser singular.

<sup>65</sup> Como concurso aparente de normas o resolve, todavia, Benítez Ortúzar, op. cit., p.482, que assinala outras hipóteses de concurso de delitos (prática de reprodução assistida em uma mulher sem seu consentimento e lesões corporais na mesma).

ser inferior à do segundo, em concreto, em algo menos elevado que o estabelecido atualmente<sup>66</sup>. Para o delito de clonagem, dado seu conteúdo de injusto, a pena poderia ser semelhante à do delito de manipulações genéticas, que é mais grave. E a respeito da utilização de procedimentos dirigidos à seleção da raça, deveria ser mais grave, se não a mais grave desse conjunto de delitos, e isso independentemente de que as regras concursais pudessem elevar a pena final, pois na minha opinião não pode haver comportamento mais degradante que pretender determinar certos traços biológicos com propósitos racistas, o que implica discriminação<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Objeção similar estabelece Valle Muñiz, op. cit., p.132.

<sup>67</sup> O Direito comparado reflete as discrepâncias punitivas. Assim na Lei Alemã de 1990, a pena prevista para a clonagem é de até cinco anos de prisão ou, alternativamente, multa (art.6º; tendo-se em conta que também constitui delito a mera criação de embriões clonados); no Reino Unido, até dez anos ou multa para a clonagem (art.41); e em França (Lei 94-653), até vinte anos de reclusão para as práticas eugênicas dirigidas à organização da seleção de pessoas (art.511.1), o que é de qualquer modo excessivo.