

Células-tronco, clonagem terapêutica e a inclusão social de pessoas com deficiência: por uma releitura do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005)

Stem cells, therapeutic cloning and the social inclusion of persons with disabilities: through a rereading of art. 5th of the Brazilian Biosafety Law (Law no. 11.105/2005)

Data de submissão: 19 out. 2023

Data de aprovação: 11 mar. 2024

Rodrigo Zacharias

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2022). Juiz Federal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1718136906103220>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3869-6165>

RESUMO: O trabalho, realizado mediante pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, levado a efeito pelo método dedutivo, sustenta a imperiosidade da realização de pesquisas com células-tronco, para propiciar a pessoas com deficiência, que sofrem de determinadas doenças (cardiopatias, diabetes, cegueira, demência etc.), uma chance de melhorar sua qualidade de vida. Para além do *direito constitucional à saúde*, o texto prega a necessidade de analisar a questão sob a ótica da *inclusão social* de pessoas com deficiência, consoante preconizado em *princípio* hospedado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Propõe, com isso, um giro hermenêutico em torno do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, que disciplina os limites da pesquisa com *células-tronco embrionárias*, tema já objeto de acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510 no sentido da constitucionalidade da norma. Conclui que a clonagem terapêutica não opera *instrumentalização* de uma pessoa em favor de outrem, portanto, não contrastando com a ética de Kant. Ademais, o artigo ainda propõe uma releitura do artigo 26 da Lei nº 11.105/2005, preconizando-se a atipicidade da conduta de realizar a clonagem terapêutica.

PALAVRAS-CHAVE: clonagem terapêutica; deficiência; inclusão; células-tronco.

ABSTRACT: The work, carried out through bibliographic, legislative and jurisprudential research, carried out by the deductive method, supports the imperative of conducting research with stem cells, to provide people with disabilities who suffer from certain diseases (cardiopathies, diabetes, blindness, dementia etc.), a chance to improve their quality of life. In addition to the *constitutional right to healthcare*, the text preaches the need to analyze the issue from the perspective of *social inclusion* of persons with disabilities, as recommended in *principle* hosted in article 3 of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, signed in New York, on March 30, 2007. So It proposes a hermeneutic turn around art. 5 of Law 11.105/2005, which regulates the limits of research with embryonic *stem cells*, a topic already object of a decision by the Supreme Court in ADI 3.510, when judges ruled for the *constitutionality* of the article. It concludes that therapeutic cloning does not *instrumentalize* a person in favor of others, therefore not contrasting with Kant's ethics. The article also proposes a reinterpretation of art. 26 of Law 11.105/2005, when it comes to therapeutic cloning.

KEYWORDS: therapeutic cloning; deficiency; inclusion; stem cells.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tecnologia e vida humana. 3 Células-tronco. 4 Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica. 5 Pessoas com deficiência e inclusão social. 6 O artigo 5º da Lei de Biossegurança. 7 Do direito à vida e instrumentalização. 8 Relatividade (da inviolabilidade) do direito à vida. 9 Solidariedade e progressividade na proteção às pessoas com deficiência. 10 Clonagem e norma penal incriminadora. 11 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O intuito primordial deste trabalho é inserir o tema da clonagem terapêutica na problemática da inclusão social das pessoas com deficiência (PcD) e dos contornos da liberdade científica.

Nesse contexto, imprescindível ressaltar que o artigo 5º, IX, da Constituição Federal estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Enquanto direito fundamental, não constitui direito absoluto, de modo que seus contornos devem conviver com outros regramentos constitucionais.

Ademais, o Texto Magno fomenta a ciência e a liberdade científica no Capítulo IV do Título VIII, que trata “Da ciência, tecnologia e inovação”, de acordo com certos critérios. Consoante a regra contida no *caput* do artigo 218, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 85/2015, “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Em seu § 1º, estabelece que “a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação”¹.

De uma parte, a pesquisa científica básica e tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado. De outro, a ciência deve permear-se pela ética, pela responsabilidade do cientista, pelo respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse aspecto, pondera Juliana Gonzáles (1996, p. 97): “El saber no vale por sí, desprendido de sus fines éticos, y con ellos de su responsabilidad ante la vida y la existencia, y ante el porvenir del hombre. No vale si es ajeno o contrario a su misión de paz, de conservación y creación”².

Dentre os objetivos da ciência, impõe-se a necessidade de propiciar à população brasileira mais vulnerável uma melhor qualidade de vida, por meio de acesso a tratamentos e medicamentos obtidos pelo desenvolvimento científico. Já se estimou que, ao menos 10% da população brasileira seja constituída por pessoas com deficiência (Araujo, 2011, p. 12; Mazzilli, 1997, p. 79), afigurando-se lícito inferir que o notório e rápido envelhecimento da população brasileira tende a aumentar esse percentual³.

No Brasil, causas como a subnutrição, o subdesenvolvimento, os acidentes ecológicos, acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, o uso indevido de substâncias entorpecentes, a falta de uma política pré-natal adequada há tempos contribuem para o surgimento de pessoas com deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais (Mazzilli, 1997, p. 79).

Assegurar direitos e garantias às pessoas com deficiência, sobretudo a isonomia com os demais cidadãos, visando à sua *inclusão social* e cidadania, não

¹ O nome do Capítulo IV e os artigos citados tiveram a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 85/2015.

² Tradução livre: “O conhecimento não é válido em si mesmo, desprendido dos seus propósitos éticos e, com eles, da sua responsabilidade para com a vida e a existência, e para com o futuro do homem. Não é válido se for alheio ou contrário à sua missão de paz, conservação e criação.”

³ Segundo as Nações Unidas, a proporção de idosos na população brasileira irá quadruplicar de 7% para 28% em apenas 50 anos (entre 2010 e 2060). A mesma ONU estima que países mais desenvolvidos, como a França e Suécia, levarão quatro vezes mais tempo: 200 anos para quadruplicar a população de idosos de 7% para 28%. Para EUA e Reino Unido, a estimativa é superior a 150 anos (NERY, 2021).

constitui apenas um valor ético, fruto da conscientização da sociedade acerca de pessoas marginalizadas em razão de sua constituição física e mental. Mais que isso, cuida-se de um objetivo magno estabelecido no Texto Supremo, que em várias oportunidades disciplina os direitos e garantias das pessoas com deficiência.

A *inclusão social* de pessoas que vivem em desvantagem em relação às demais é de ser evocada em quaisquer discussões em torno dos limites da ciência no Brasil – país que enfrenta históricas crises e em que ainda vigora dramática desigualdade social –, sobretudo depois da internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Essa mesma *inclusão na sociedade* é prevista como um dos princípios da Convenção, consoante delineado em seu artigo 3º.

Propõe-se, assim, analisar as possibilidades de inclusão das pessoas com deficiência por meio do tratamento decorrente de pesquisas em células-tronco, sobretudo quando levado a efeito pela terapia de transferência nuclear, mais conhecida por *clonagem terapêutica*, primeiramente fazendo a necessária distinção entre a clonagem reprodutiva e essa última, a fim de evitar mal-entendidos e preconceitos.

O *direito à saúde* também está constitucionalmente consagrado, no artigo 196 do Texto Supremo, como direito de todos. Digno de registro que, a despeito de merecer críticas sobretudo pela conotação utópica (Segre; Ferraz, 1997), no ver da Organização Mundial de Saúde a definição de saúde envolve não apenas a ausência de doença, mas uma *perfeita situação de bem-estar físico, mental e social*. Logo, nesse introito, se foca no aspecto *social* do conceito de saúde.

2 Tecnologia e vida humana

Ao se lidar com a relação entre tecnologia e a vida humana, parte-se do pressuposto de que os valores albergados na Constituição Federal são compatíveis com a utilização da ciência não apenas para fins de desenvolvimento, mas também em favor das pessoas vulneráveis. A partir do momento histórico em que o homem adquiriu conhecimento para criar tecnologia, passando a não mais depender do acaso e da indiferença da natureza, forjando mecanismos de domínio sobre ela e sobre ele próprio, novas indagações exsurtem.

A discussão em torno das pesquisas com células-tronco suscita inúmeras questões jurídicas, políticas, éticas e religiosas. O que é o homem? Para que existimos? Há um sentido para a vida? Mais especificamente no campo da bioética, aparecem outras: Quando surge a vida humana? A clonagem terapêutica acaba por instrumentalizar um ser humano em prol de outro? Haverá violação à concepção do ser humano na ótica de Kant, segundo o qual o homem deve ser concebido como um fim em si mesmo, nunca como um meio? Sejam quais forem as respostas preferidas pelo leitor, é importante ressaltar desde logo: o presente texto trabalha com uma abordagem laica e secular da bioética⁴.

⁴ Pontifica, numa visão científica do ser humano, Richard Dawkins (2009, p. 37): “Os seres vivos já existiam na Terra há mais de 3 bilhões de anos, sem ter a menor ideia do porquê, antes que finalmente a verdade ocorresse a um deles. O seu nome era Charles Darwin. Para ser justo, é preciso dizer que

São todas questões relacionadas ao tema, conquanto extravasem o propósito deste artigo, que usa o método dedutivo e se pretende dogmático, no sentido de que trabalha com a inegabilidade do ponto de partida representado pela norma jurídica existente, válida e eficaz. Não obstante, tais indagações inserem o homem no contexto de um dilema: avançar nas pesquisas científicas ou instalar a proibição de pesquisas em determinados campos?

Segundo Volnei Garrafa, coordenador da Cátedra Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) de Bioética da Universidade de Brasília (UnB), a medicina da antiguidade era curativa, mas hoje fala-se da medicina preventiva: "A medicina do futuro vai ser preditiva, o médico vai predizer o que o futuro bebê terá. É terapia celular. O tratamento em vez de ser com antibióticos, anti-inflamatórios, vai ser com células do próprio indivíduo" (Clonagem, 2011).

A abordagem do tema sob o enfoque jurídico não prescinde da dialeticidade dos argumentos a favor e contrários às propostas aqui ventiladas, por uma razão simples: como bem pontua Ronald Dworkin (2005, p. 609-611), a questão é de ser enxergada sob uma abordagem de *custo-benefício*, mesmo porque, como o próprio autor concluiu, há um *valor intrínseco* no desenvolvimento da ciência e do conhecimento humano, de modo que "evitar deliberadamente o conhecimento sacrifica alguma coisa de importância intrínseca" (Dworkin, 2019, p. 102).

Urge, assim, gerar novas reflexões sobre a questão à luz dos valores e objetivos traçados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e também na Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, com olhos voltados ao princípio da *progressividade* na proteção de tais vulneráveis.

É preciso registrar que o fomento da técnica da *terapia por transferência nuclear* pode implicar uma significativa melhoria das condições de vida de milhões de brasileiros, inclusive porque a maior parte das pessoas com deficiência são pessoas pobres⁵.

O prognóstico de melhorias em prol delas é significativo, mas depende do progresso da ciência numa área em que há ambiguidades e incertezas. Por conta disso, há quem sustente que essa biologia atual, denominada pós-moderna, em razão de seu componente de incerteza, complementarará a velha biologia, assim como a física quântica complementou a física newtoniana⁶.

laivos da verdade já haviam ocorrido a outros antes dele, mas foi Darwin quem, pela primeira vez, construiu uma explicação coerente e convincente da razão por que existimos. Devemos a ele a possibilidade de dar uma resposta racional à criança curiosa cuja pergunta serve de título a este capítulo. Não precisamos mais recorrer à superstição quando confrontados com questões profundas como as seguintes: 'Há um sentido para a vida?'; 'Para que existimos?'; 'O que é o homem?'

⁵ O fato é referido no próprio preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, no item "t": "t) *Salientando* o fato de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecendo a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência".

⁶ "Um dos novos desenvolvimentos mais interessantes no que tem sido chamado de 'biologia pós-moderna' é o estudo de fatores responsáveis pela incerteza e pelo comportamento 'estocástico' na estrutura e função das células. Neil Thiese, do Albert Einstein College of Medicine, explicou que 'se o microambiente ao redor de uma célula (ou se o citoplasma ao redor de um núcleo) for alterado, então a natureza da célula, ou seja, seu padrão de expressão gênica, provavelmente mudará também'. Não é isso que os naturopatas vêm reivindicando há décadas? Thiese hipotetizou que a biologia da incerteza complementarará a velha biologia como a física quântica complementou a física newtoniana em que qualquer tentativa de observar ou manipular a célula irá, por definição, alterá-la - o princípio da

Tal desiderato não seria possível se não estivesse em plena sintonia com os valores constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), previstos na Constituição da República.

3 Células-tronco

Muitos enxergam as células-tronco como maravilhosas entidades, com potencial para se transformar em qualquer tecido corporal. Se o atual estágio do conhecimento fosse bastante, esse potencial poderia ser aproveitado para cura de qualquer coisa, desde lesões na medula espinhal até câncer, de doenças cardíacas a diabetes, até demência. A ideia de que as células-tronco podem viver para sempre e a morte pode, portanto, ser evitável tornou-se dogma. E gerou projetos de pesquisa em busca desse Santo Graal, muitas vezes em desconsideração de questões éticas ou falta de evidências⁷.

As células-tronco são classificadas em dois tipos: *embrionárias* e *adultas*. As primeiras (CTEHs: células tronco embrionárias humanas) são mais importantes porque multifuncionais, podendo ser diferenciadas em diversos tipos de células. Assim, podem ser usadas para restaurar a função de um órgão ou tecido, transplantando novas células para substituir as células perdidas pela doença, ou substituir células disfuncionais por um defeito genético. São exemplos desse caso doenças neurológicas, diabetes, problemas cardíacos, derrames, lesões da coluna cervical e doenças sanguíneas, geradoras de toda a sorte de deficiências.

As células-tronco adultas não possuem a capacidade de se transformar em qualquer tecido. As células musculares vão originar células musculares, as células de fígado vão originar células de fígado, e assim por diante. Feitas essas singelas considerações acerca das células-tronco, o próprio passo é tratar dos dois tipos de clonagem reconhecidos pelo Direito brasileiro.

4 Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica

O termo *clone* foi criado em 1903 pelo botânico Herbert J. Webber, oriundo do grego *Klón*, que significaria broto, rebento, ramo pequeno, que ao ser rompido acaba por crescer como o original. Um clone consiste em uma réplica, de genes, células, tecidos ou de organismos, obtida a partir de um único ancestral comum, mediante técnicas de manipulação genética. Logo, clonagem é um processo de

incerteza de Heisenberg transferido para o comportamento dos genes e células” (BELL, s.d., tradução nossa).

⁷ Contudo, como qualquer atividade humana, a ciência pode estar sujeita a enganos, fraudes e exageros. Esses desvios são analisados em inúmeros artigos jornalísticos e científicos. Conferir, por muitos, Rasko; Power, 2021. Os autores revelam personagens imperfeitos e charlatões, com histórias de vida com começos ambiciosos, virando celebridades e a inevitável queda em desgraça. Embora os autores cheguem à conclusão de que as células-tronco têm falhado em corresponder à expectativa exagerada até agora, com exceção dos transplantes de medula óssea e do tratamento de câncer de sangue, inferem que elas conseguem manter uma esperança mais realista no potencial das células-tronco e o que elas nos ensinam sobre doença, tratamento e cura.

reprodução assexuada visando obter indivíduos geneticamente iguais a partir de uma célula-mãe (Kelch, 2009, p. 49).

A *clonagem reprodutiva* pretende obter a cópia de um indivíduo já existente e é executada pela técnica de transferência nuclear (TN); remove-se o núcleo de um óvulo para substituí-lo por um outro núcleo, oriundo de outra célula somática. Com a fusão, ocorre a duplicação e a diferenciação das células, sendo que, aos cinco dias de fecundação, o embrião contará com 200 a 250 células, o que é chamado de blastocisto, quando ocorrerá a implantação do embrião na cavidade uterina⁸. Com a gestação surge o clone, um indivíduo com patrimônio genético idêntico ao do doador da célula somática⁹.

É um mecanismo comum de propagação de espécies de plantas, bactérias e protozoários¹⁰. 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.

Desde o advento da ovelha Dolly, em 1996, a técnica que vem sendo objeto de ampla discussão é a da *transferência nuclear* ou *substituição nuclear*, a qual envolve DNA adulto. Explica Marcos de Almeida (2003, p. 7-8) que, por esta técnica, o DNA de um óvulo é removido e substituído pelo DNA de uma célula adulta de um animal, de modo que, após algumas divisões, o zigoto é implantado no útero de um animal equivalente e deixado desenvolver-se até o nascimento.

Em inúmeros documentos legais internacionais, a clonagem reprodutiva é proibida. No Brasil, o artigo 6º, IV, da Lei de Biossegurança proíbe a “clonagem humana”, expressão a ser compreendida como “clonagem reprodutiva”.

Por outro lado, a *clonagem terapêutica*, como bem explica Eduardo Leite, é um procedimento cujos estágios iniciais são idênticos à clonagem para fins reprodutivos, diferindo-se dessa última no fato de o blastocisto não ser introduzido em um útero. Ele é utilizado em laboratório para a produção de células-tronco (totipotentes) a fim de produzir tecido ou órgão para transplante.

Isto é, esta técnica tem como objetivo produzir uma cópia saudável do tecido ou do órgão de uma pessoa doente, a ser transplantada nela própria. Faz-se a transferência de um núcleo de uma célula, contendo as informações genéticas da pessoa, para uma célula desnucleada, que se reproduzirá. Quando em fase de blastocisto (um embrião muito jovem, de oito a doze dias), antes de se especializarem, tais células possuem a aptidão de gerar tecidos humanos, aptos a serem utilizados para transplante nos doentes ou nas pessoas com deficiência. O

⁸ O blastocisto apresenta as células divididas em dois grupos: camada externa (trofoectoderma), que vai formar a placenta e o saco amniótico; e camada interna que dará origem aos tecidos do feto.

⁹ Células somáticas são todas as células diversas dos gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo).

¹⁰ A clonagem embrionária ou clonagem por fissão gemelar está presente na natureza, enquanto técnica que produz gêmeos monozigóticos (idênticos). Eis a lição de Marcos de Almeida (2003, p. 7-8): “Ela duplica o processo que a natureza usa para produzi-los. Uma ou mais células são removidas de um embrião fertilizado, em fase bem precoce, e estimuladas a desenvolver-se em uma ou mais réplicas de embriões. Gêmeos, trigêmeos etc. são, portanto, formados com DNA idêntico. Isso tem sido feito há muitos anos com várias espécies de animais. Até onde se sabe, a experiência com seres humanos tem sido muito limitada. A clonagem embrionária deveria, mais apropriadamente, ser chamada de gemelaridade artificial, já que ela aciona o mecanismo pelo qual os gêmeos naturalmente surgem. A própria natureza é o maior agente clonador. Em cerca de uma de cada 75 concepções humanas que dão certo, o ovo fertilizado, por alguma razão, divide-se e produz gêmeos monozigóticos (idênticos). Cada um deles possui configuração genética, absolutamente igual à do outro. Na clonagem, a mesma operação é realizada, só que intencionalmente”.

risco de rejeição do órgão é muito inferior se comparado a um órgão oriundo de outra pessoa.

Enfim, a clonagem terapêutica se dá pela retirada de células-tronco de embriões clonados a partir de uma célula somática. O embrião clonado é descartado após a retirada das células-tronco e é por isso que a terapia é proibida em vários países, por levantar uma pletora de questões jurídicas, morais, políticas e religiosas.

No Direito brasileiro, há permissão para a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Porém, há *severa restrição* imposta pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança, que somente permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Pondera-se que, diferentemente da clonagem reprodutiva, que gerou veemente oposição em diversos continentes, sobretudo depois da criação por escoceses da ovelha Dolly, em 1996, a clonagem terapêutica não é voltada a se levar a efeito uma cópia de outro ser humano. O artigo 3º, X, da Lei de Biossegurança, define-a da seguinte forma: "clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica".

Como bem pontua Mayana Zatz (2004), muitos cientistas e representantes de famílias veem nessa nova tecnologia uma esperança futura de cura para inúmeras doenças neurodegenerativas, muitas vezes letais ou gravemente incapacitantes.

Outrossim, a escassez de órgãos é um problema grave no Brasil e no mundo, razão por que a clonagem terapêutica se apresenta como mais uma alternativa, enriquecida com todas suas possibilidades regenerativas, sem o problema da rejeição (Sá, 2017, p. 11).

Dito isso, é chegada a hora de identificar quem são as pessoas com deficiência à luz do Direito internacional e nacional.

5 Pessoas com deficiência e inclusão social

A preocupação com as pessoas com deficiência cresceu a partir da segunda metade do século XX, tendo em vista a necessidade de reabilitar pessoas atingidas por guerras. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1955, editou a Recomendação nº 99, cuidando da adaptação e da readaptação profissional dos "inválidos". O movimento de integração social das pessoas com deficiência resultou na Carta Social Europeia, de 1961, e na Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1975.

A mesma OIT adotou, em 1983, a Convenção nº 159¹¹, ratificada em 1991 por 39 países, bem como a Recomendação nº 168, quando se propugnou pelo direito das pessoas com deficiência a uma adaptação ou readaptação profissional, instituições específicas ou em postos de trabalho junto a não-deficientes.

¹¹ Guilherme José Purvin de Figueiredo (1997, p. 50) informa que a Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do art. 1º, I, do Decreto Legislativo nº 51, de 1989.

No Direito interno brasileiro, até a edição da Carta de 1969, não houve maiores preocupações do legislador constitucional com as pessoas com deficiência, mas o contexto se alterou partir da Emenda Constitucional nº 12/1978, que buscou assegurar “aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica”¹².

Em várias oportunidades a Constituição de 1988 tratou das pessoas com deficiência. No artigo 7º, XXXI, preconiza a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador. No artigo 23, II, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública, bem como da proteção e da garantia às pessoas com deficiência.

No artigo 24, XIV, outorga a competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre sua proteção e integração social. No artigo 37, VIII, determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Atribuiu-se, no artigo 203, IV, o direito à *habilitação e à reabilitação* das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária¹³.

No artigo 208, III, garante o atendimento educacional especializado para as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. No artigo 244, remete à lei as disposições sobre a adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de lhes garantir o acesso adequado.

Na legislação infraconstitucional, foi editada a lei federal de proteção às pessoas com deficiência, Lei nº 7.853/1989, estabelecendo *normas gerais* que lhes asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, bem assim sua efetiva integração social.

Após, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001. O Decreto nº 3.956/2001 promulgou a referida Convenção.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e depois

¹² O artigo único tinha a seguinte redação: “Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

¹³ Houve, aqui, importante progresso em relação ao sistema anterior, quando apenas os segurados da Previdência Social tinham direito à habilitação e reabilitação profissional. A Lei nº 8.742/1993, em seu teor original, não dispôs sobre medidas efetivas, o que possibilitava a aplicação das disposições análogas da Lei nº 8.213/1991 sobre habilitação e reabilitação profissional e social, hospedadas nos artigos 89 a 92. Cf., nesse sentido, Dias (2001, p. 636). Posteriormente, a Lei nº 12.435/2011 incluiu algumas regras a respeito da habilitação e reabilitação na LOAS. Por fim, a Lei nº 13.146/2015 disponibilizou o Capítulo II para tratar do “do direito à habilitação e reabilitação”, estatuiu, no parágrafo único do artigo 14 que: “O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.” Doravante, tais serviços passaram a constituir direito perante a Assistência Social, independentemente de qualquer contribuição.

promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. Mercê do § 3º do artigo 5º da Constituição, a Convenção integra o *ponto alto da pirâmide normativa*, ocupando posição hierárquica equivalente a uma emenda constitucional (Araujo; Costa Filho, 2016, p. 14).

Dentre outros valores, a Convenção reconhece que:

[...] convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos.

A Convenção, já internalizada no Direito positivo brasileiro, também reconhece “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”, devendo lhes ser assegurada “oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente”.

Seu artigo 19 trata da “vida independente e inclusão na comunidade”:

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.

Por fim, a Lei nº 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), consagrando e introduzindo direitos, adequando finalmente o próprio conceito de pessoa com deficiência àquele da Convenção de Nova Iorque. O artigo 2º da Lei de Inclusão apresenta a seguinte definição de pessoa com deficiência:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

E o artigo 5º da mesma lei, após pontificar a proteção contra a negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento

desumano ou degradante, em seu parágrafo único reconhece: “Para os fins da proteção mencionada no *caput* deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.”

Frequentemente as causas de uma deficiência, à luz da definição contida na Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, decorrem de uma doença grave ou de uma malformação, que eventualmente poderia ser tratada por meio da clonagem terapêutica.

Cumpra registrar que foi abandonado no Estatuto da Pessoa com Deficiência o *conceito médico* de deficiência, lastreado em incapacidades. Como bem apontam Araujo e Costa Filho (2016, p. 21):

Seguindo a intenção precípua de efetivar muitos princípios e regras trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a EPCD procura fazer um giro linguístico e conceitual ao adotar o modelo biopsicossocial de deficiência, ao direcionar que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só, e sim que essas barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente, sendo fundamentais estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas permitindo às pessoas com deficiência demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social.

Como se vê, se por um lado os impedimentos só por si não implicam deficiência, por outro integram o conceito juntamente com as barreiras a serem enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Amenizar ou eliminar os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais, dessarte, pode colaborar para a cura da doença ou para a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, numa diversidade de maneiras concebíveis relativamente aos aspectos de locomoção, comunicação, convivência, inclusive no aspecto laboral.

6 O artigo 5º da Lei de Biossegurança

Diante do quanto já exposto, a inclusão das pessoas com deficiência na comunidade pode ser facilitada por meio dos benefícios obtidos com pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias. À vista da legislação atual sobre as pessoas com deficiência, infere-se que são credoras de medidas concretas do Estado, vale dizer, de verdadeiras políticas públicas voltadas à melhoria de suas vidas e à inclusão social. O que não pode o Estado fazer, portanto, é obstaculizar as pesquisas e terapias, utilizando-se de argumentos obscurantistas, religiosos ou contrários à ciência em si. Tal postura, de quaisquer entes políticos, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a Lei de Biossegurança não estabelece limites para fins de pesquisa e terapia na utilização de células-tronco adultas. Mas, impõe limites para a utilização de células-tronco embrionárias, pois seu artigo 5º tem a seguinte dicção:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por

fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

[...]

Nesse ponto, é preciso esclarecer o significado da expressão “embriões inviáveis”, pois a lei não a define. Numa primeira abordagem, deve-se excluir a possibilidade de se tratar de embriões mortos, porquanto não teriam utilidade para pesquisas (Lima, s.d.). Além disso, outro problema consiste em como se identificar se o embrião é inviável ou não, havendo estudos sérios propondo critérios objetivos para tal definição (Donadio *et al*, 2005).

Sejam quais forem tais critérios, a opção do legislador merece crítica, porquanto não prestigia uma opção ideológica voltada a gerar estudos e práticas que podem implicar concreta melhoria na vida de pessoas vulneráveis. A limitação do estudo e da terapia com células-tronco embrionárias a *embriões inviáveis* exclui toda uma gama de possibilidades terapêuticas, ocasionando inegável prejuízo aos doentes e às pessoas com deficiência.

Outra possibilidade de estudos e terapia baseados com células-tronco está tipificada no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Trata-se de embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Novamente aqui a opção legislativa está sujeita a censura, antes de tudo por limitar no tempo e pela finalidade, com base em critérios arbitrários, a possibilidade de estudos e terapias com células-tronco.

Seja como for, a lei não se refere expressamente às células-tronco não embrionárias, ou seja, adultas, de modo que há liberdade no desenvolvimento de estudos e terapias nesse campo. O problema é que as células-tronco adultas não propiciam as amplas possibilidades terapêuticas das células-tronco embrionárias, as quais podem produzir qualquer tecido humano.

Tais obstáculos impostos ao desenvolvimento científico, teoricamente capaz de ocasionar resultados concretos em favor de milhões de pessoas vulneráveis, devem ser objeto de questionamento, não apenas diante do fato de o legislador constituinte prestigiar a ciência, mas também diante da força representada pela internalização da Convenção de Nova Iorque.

De todo modo, há na doutrina vozes, como a de Edson Tetsuzo Namba (2009, p. 89-92), que sustentam a não taxatividade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o que possibilita, no futuro, a experiência com a clonagem de embriões para a cura de moléstias hoje insanáveis.

7 Do direito à vida e instrumentalização

Já foi dito que a utilização da terapia por transferência nuclear, que implica a experimentação em torno de células-tronco embrionárias, acabará por ocasionar o descarte de embriões, após a retirada das células-tronco. E é por conta desse

aspecto que muitas objeções ao procedimento são apresentadas, notadamente por doutrinas religiosas que enxergam já no embrião uma criatura humana com vida. Essa, porém, não parece ser a melhor interpretação.

Discordamos de Maria Helena Diniz (2017, p. 153), para quem a regra do artigo 5º da Lei de Biossegurança seria inconstitucional por violar as normas contidas nos artigos 1º, III, 5º, *caput*, e inciso X, do Texto Supremo.

Como bem explica Maria de Fátima Freire de Sá (2021, p. 222), sustenta-se que a clonagem terapêutica significa a *instrumentalização* do embrião humano, na esteira das tradicionais lições de Kant (2007, p. 69), segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como um meio.

A despeito da proteção aos direitos do nascituro¹⁴, o embrião não pode ser equiparado a uma pessoa ou a um nascituro, por conter apenas a *potencialidade da vida*, na medida em que depende, para tanto, de sua introdução no útero de uma mulher. Nascituro é o nome dado ao ser humano já concebido, que se encontra em estado fetal dentro do ventre materno (Silva; Alonso, 2013, p. 207)¹⁵.

A Constituição Federal de 1988, com efeito e sabiamente, não disciplina o momento em que surge a vida do ser humano, nem quando surge sua personalidade jurídica. As várias teorias sobre o começo da vida, longamente discutidas na doutrina – teorias da concepção, da nidação, da formação cerebral – não resolvem o problema ético que exsurge com o descarte de embriões. O que não se pode aceitar, insista-se, é considerar o embrião já como um nascituro titular de direitos públicos subjetivos.

Também discordamos da “ética da não pesquisa”, proposta por Jacques Testart, um crítico da ciência, segundo o qual a permissividade quanto às pesquisas científicas pode levar à triagem de embriões e à eugenia, situações vistas como um *ameaça extraordinária* (Kahn; Papillon, 1998, p. 185).

O problema do conhecimento e dos caminhos da ciência é antigo – e, como bem lembrado por Maria Garcia (2004, p. 34), encontra ecos na cultura judaico-cristã (Genesis, 3;3, 6) e grega (Prometeu roubando o fogo de Zeus) –, cabendo na modernidade de hoje uma releitura desse mesmo problema, inserindo-o também no campo da filosofia.

Afinal, é justo negar aos vulneráveis necessitados a simples possibilidade de pesquisa voltada a um tratamento mais efetivo de suas doenças e impedimentos? Qual a legitimidade do legislador em vedar o progresso de uma ciência que, em última análise, coloca-se a favor dos mais fracos? Obstaculizar o auxílio a doentes e pessoas com deficiência não seria uma forma obtusa de colaborar por um tipo de Darwinismo social, em que se assiste passivamente ao triunfo dos mais adaptados? Se a própria lei não permite a pesquisa com células-tronco de embriões, torna-se uma “incoerência sistemática” tratar a clonagem terapêutica como instrumentalização do ser humano, segundo Sá (2017, p. 10-12).

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, julgou o pedido improcedente e considerou constitucional a regra contida no artigo 5º da Lei de Biossegurança, afastando a

¹⁴ Artigo 2º do Código Civil: “Art. 2º-A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹⁵ Para uma análise das teorias sobre quando surge a personalidade jurídica do nascituro (natalista, concepcionista e da personalidade condicional), ver Nascimento, 2020.

alegação de que a norma gera um atentado à inviolabilidade do direito à vida assegurado no artigo 5º da Constituição da República.

Contudo, é preciso avançar e promover um novo debate sobre a questão, porquanto, ainda que não padeça de inconstitucionalidade, os limites impostos no artigo 5º da Lei de Biossegurança são muito severos e não atendem à necessidade de se propiciar a doentes e, sobretudo, às pessoas com deficiência, uma proteção adequada apta a lhes permitir uma efetiva oportunidade de inclusão social.

O acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, de relatoria do ministro Ayres Britto, não levou em consideração os direitos das pessoas com deficiência, exatamente porque o julgamento é anterior à Convenção de Nova Iorque e, também, à atual Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A leitura do ordenamento jurídico em sua dimensão sistemática realmente leva à conclusão de que o descarte de um embrião não implica um atentado à vida humana. Logo, não pode sujeitar o cientista, que leva a efeito pesquisas com células-tronco e promove a clonagem terapêutica, à pena de homicídio cominada no artigo 121 do Código Penal.

A ausência da prática de crime também pode ser sustentada com base nas regras de exclusão da antijuridicidade contidas no artigo 128 do Código Penal, que excepcionam da prática do delito de aborto, quando realizado para preservar a vida da mãe e o resultado de estupro.

Não se pode, ao final de contas, considerar um embrião localizado fora do ventre materno uma pessoa humana, mas uma potencialidade de vida humana, cujo desenvolvimento depende da colocação no corpo de uma mulher.

Assim, se se pode falar em *sacrifício solidário* do embrião, após a retirada das células-tronco, não se está cogitando do sacrifício de uma vida humana, mas de uma forma incipiente de vida que não pode ser simplesmente equiparada ao homem para fins de proteção jurídica.

8 Relatividade (da inviolabilidade) do direito à vida

A inevitável eliminação de embriões, na prática da clonagem terapêutica com células-tronco embrionárias, não implica violação à Constituição Federal de 1988.

De fato, há inúmeros argumentos que podem ser levantados para se proibir a clonagem reprodutiva, a saber: a dignidade humana, o direito de ser único (individualidade genética), o direito da diversidade genética da própria humanidade, o direito de nascer de uma reprodução sexual etc.

Apesar de assegurada a inviolabilidade do direito à vida, no *caput* do artigo 5º do Texto Magno, o próprio direito positivo, na realidade dinâmica do ordenamento jurídico, permite temperamentos na medida em que nenhum direito é absoluto – nem mesmo o direito à vida –, devendo ser trabalhado à luz de outros direitos fundamentais constitucionais.

Em várias oportunidades, forçoso é reconhecer, o Direito brasileiro permite ofensas à vida humana. Existem permissões que geram ofensa à vida humana, desde a fabricação de armas de fogo com o propósito de ataque à vida e à saúde

do próximo, até a permissão à prática de atividades perigosas, incluindo as esportivas (automobilismo, lutas de todo tipo etc.).

Vem à memória, quando se pensa em tais variantes, inclusive as permissões legais à venda de bens perigosos, como inflamáveis, carros velozes, armas brancas e toda sorte de produtos que, quando mal-usados, colocam em risco a vida humana.

Pode-se acrescentar que o risco é algo inerente a qualquer sociedade. Em outros casos, a lei permite expressamente a eliminação da vida humana, a despeito de sua sacralidade enxergada no sentido lato, ou seja, enquanto portadora de um valor inestimável.

O artigo 128 do Código Penal permite o abortamento de fetos, no caso de estupro ou para salvar a vida da gestante. A pena de morte (por fuzilamento) é permitida, quando houver guerra declarada, na forma do artigo 5º, XXX e artigos 355 e seguintes do Código Penal Militar. A tentativa de suicídio não é criminalizada no Brasil.

Sendo assim, o raciocínio comparativo mostra-se pertinente. Se tais situações não violam o direito à vida nos termos do próprio ordenamento jurídico, poder-se-ia imputar tal violação à clonagem terapêutica? Entendemos que não. Reversamente a tais permissões acima referidas, a clonagem por transferência nuclear significa um prestígio à vida, mas à vida daquele que vive um *sofrimento*; daquele que é vulnerável e necessita do amparo do Estado e da sociedade. Nesse diapasão, questiona-se a racionalidade de o Legislador limitar as pesquisas que certamente possuem o potencial de salvar milhões de vidas ou lhes permitir mecanismo de inclusão na sociedade.

Argumentos religiosos, dogmáticos, fundamentalistas – no sentido de que caberia somente ao Deus cristão a criação e a manipulação da vida – acabam por se voltar contra as pessoas que são as mais necessitadas de algum conforto espiritual, por padecerem de doenças ou deficiências.

Daí que é de ser refutado o argumento de que, na clonagem terapêutica, estar-se-ia *instrumentalizando* a vida dos embriões em favor de outrem. A prevalecerem os argumentos obscurantistas, continuará havendo, isso sim, instrumentalização dos que já sofrem, em favor da apregoada dignidade de embriões, que carregam a possibilidade de vida mas não se subsomem à definição de nascituro.

Mas na ponderação entre valores – pessoas que já existem e experimentam grande sofrimento *versus* interesses do embrião – sustentamos a opção pelos serem sensíveis, reais, que já compartilham a realidade dos demais. A escolha preconizada, assim, é em favor dos que já são titulares de direito, por serem pessoas, interpretação que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, consoante delineado no artigo 1º, III, do Texto Magno.

Já caminhando ao final desse trabalho, resta abordar o princípio da solidariedade.

9 Solidariedade e progressividade na proteção às pessoas com deficiência

O princípio da *solidariedade* informa não apenas a seguridade social, mas todo o ordenamento jurídico nacional, à luz da norma principiológica contida no artigo 3º, I, da Constituição Federal, segundo a qual constitui objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Augusto Venturi (1994, p. 23), a *solidariedade* expressa a *força ética* em que se baseia a intervenção individual, social e coletiva aos que se encontram em cenário de necessidade. Essa intervenção requer, portanto, ação. Não há solidariedade que prescindida de ações afirmativas, positivas, em favor dos necessitados.

Solidariedade, assim, envolve tomada de medidas concretas para corrigir desvantagens vividas por vulneráveis.

Ora, as pesquisas com células-tronco embrionárias e, portanto, a terapia por transferência nuclear (clonagem terapêutica) têm o potencial de gerar significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência. A simples possibilidade de as pesquisas com células-tronco embrionárias lhes proporcionar a esperança de uma vida mais digna, já serve de alerta para a necessidade de a sociedade novamente debater o problema, conquanto já levado a julgamento na Corte Supremo na ADI 3.510.

O artigo 3º, IV, do Texto Supremo revela que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é assegurar o *bem de todos*, cabendo ao legislador dar aplicação à regra no sentido de integrar os vulneráveis aos benefícios da sociedade atual, dotada de riquezas e possibilidades de bem-estar a serem compartilhados por todos.

Assim, a questão da terapia por transferência nuclear faz com que análise do jurista extravase o ponto de vista do *direito à saúde*, o qual, aliás, é direito de todos. Claro que os doentes fazem jus aos tratamentos disponíveis no Sistema Único de Saúde, na forma da Lei nº 8.080/1990, mas quando se trata das pessoas com deficiência, urge avançar no sentido de lhes aumentar o espectro de possibilidades de inclusão na sociedade.

Um aspecto importante ainda a ser salientado neste trabalho é a necessária *progressividade* na proteção constitucional da pessoa com deficiência. Isso porque o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 2º, item 1, assim estabeleceu:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

10 Clonagem e norma penal incriminadora

No Brasil, a criminalização da clonagem é um dos raros casos em que o Direito Penal antecedeu ao próprio fato, contradizendo o antigo brocardo latino “ex facto oritur jus” (do fato nasce o direito).

A Lei de Biossegurança, após definir, no artigo 3º, as clonagens terapêutica e reprodutiva, assim tipifica o delito no seu artigo 26: “Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Uma vertente da doutrina, tal como a de Humberto Souza Santos (2020, p. 234), entende que, se Lei de Biossegurança autorizou expressamente no artigo 5º a realização da clonagem terapêutica, o tipo penal contido no artigo 26 é dirigido à prática da clonagem reprodutiva apenas.

Contudo, a lei não faz distinção, o que pode levar o intérprete a também considerar como delito a prática da clonagem terapêutica. Nesse caso, só se concebe a punição se ela ocorrer, à evidência, fora dos limites do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Entendemos, também quanto a esse tópico, que a problemática está a merecer novos debates e novas leituras, ante o advento da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, pelas razões já apontadas acima.

Levando tudo em conta, sustentamos que a criminalização da clonagem terapêutica mostra-se incompatível com a Constituição Federal, não apenas por se mostrar em contraste com o direito à saúde, trazido no artigo 196 da Constituição Federal, mas também em face das regras e princípios introduzidos pela Convenção de Nova Iorque, que assegura os direitos das pessoas com deficiência em face do Estado.

Não deve, esse mesmo Estado, por meio de todos os seus entes federados, operar contra a esperança das pessoas vulneráveis, sejam doentes ou pessoas com deficiência. Nesse diapasão, a regra contida no artigo 26 da Lei de Biossegurança merece, no tocante àquele que realiza clonagem terapêutica dentro dos parâmetros éticos de responsabilidade e com finalidade exclusivamente de cura e inclusão social de pessoas com deficiência, uma nova interpretação.

11 Conclusões

Recapitulando o quanto já exposto, este trabalho recomenda um giro hermenêutico em torno do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que limita a realização de pesquisas e terapias pela utilização de células-tronco. Tal giro se mostra imprescindível a fim de propiciar aos que sofrem de doenças graves (cardiopatias, diabetes, cegueira, demência etc.), um incremento nas chances não apenas de obtenção de cura ou de amenização dos efeitos da doença.

Para além do *direito constitucional à saúde*, assegurado no artigo 196 do Texto Supremo, mostra-se imperioso analisar a questão sob a ótica da *inclusão social*, consoante preconizado em *princípio* hospedado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo

Facultativo, que no Brasil ocupa posição hierárquica equivalente a uma emenda constitucional.

A Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), consagra direitos, dentre eles o da inclusão social das pessoas com deficiência, em compasso com a Convenção acima referida.

A utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia, voltada a auxiliar a inclusão social de pessoas com deficiência, não significa instrumentalizar o homem em favor de outrem, na medida em que os embriões não são considerados pessoa ou nascituro, embora não sejam tratados puramente como coisas.

Este trabalho sustenta a necessidade de novas interpretações sobre o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que disciplina os limites da pesquisa com *células tronco embrionárias*, tema já objeto de acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, que assentou sua constitucionalidade.

Conclui, em derradeiro, pela necessidade de se empregar uma nova interpretação do artigo 26 da Lei de Biossegurança, preconizando a atipicidade da conduta de realizar a clonagem terapêutica, dentro dos parâmetros éticos de responsabilidade e com finalidade exclusivamente de melhorar a condição de saúde e de promover a inclusão social de pessoas com deficiência, limitando-se a tipicidade da conduta àquele que pratica ação voltada à clonagem reprodutiva.

Longe de depositar as esperanças da humanidade numa ciência neutra e iluminista, supostamente sem implicações éticas, à *clonagem terapêutica* não se pode imputar tradicionais objeções de cautela, apontadas por estudiosos da bioética à manipulação genética, dada a possibilidade de criar novos tipos de seres humanos a partir de modificações genéticas (eugenia) (Cortina; Martínez, 2005, p. 162).

Reversamente, a *clonagem terapêutica* pode voltar-se à melhora substancial da qualidade de vida e, portanto, à inclusão social dos que sofrem de problemas de saúde, dos que existem e vivem em condições adversas. Tais possibilidades vão ao encontro dos princípios da *solidariedade* e da *progressividade* dos direitos das pessoas com deficiência. Sem falar que a clonagem terapêutica, nos limites ora traçados, atende a uma justa abordagem de *custo-benefício* e preserva o valor inestimável na busca do desenvolvimento da ciência e do conhecimento humano, consoante as lições de Ronaldo Dworkin já referidas.

Referências

ALMEIDA, Marcos de. Clonagem: usurpação de Deus ou exercício da capacidade que ele nos conferiu? *Saúde, ética e justiça*, São Paulo, v. 8, n. 1/2, p. 7-12, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Brasília: Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, v. 962, dez. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.05.PDF. Acesso em: 16 fev. 2021.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência) e sua efetividade. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/298/280>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BELL, Dean. Human cloning and international human rights Law. *The Sidney Law Review*, Sidney, v. 21, n. 2, p. 202-230, jun. 1999.

BELL, Janis. *Stem cells and naturopathy*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/14775449/stem-cell-therapy-in-naturopathy>. Acesso em: 15 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. Brasília, 28 maio 2010.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Lei de Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Trad. Silvana CABucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

CLONAGEM terapêutica: primeiro passo para a medicina preditiva. *Globo Ciência*, 04 jun. 2011. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/06/clonagem-terapeutica-primeiro-passo-para-medicina-preditiva.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Trad. Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Considerações sobre a seguridade social da pessoa portadora de deficiência física. *Revista de Previdência Social*, v. 25, n. 250, p. 636–639, set. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO, Nilson; CELESTINO, Carlos Oliveira; AOKI, Tsutomu. Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia* v. 27, n. 11, nov. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgo/a/zJHJbpy4jLrd7cSQpTssJvt/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Brincar de Deus: genes, clones e sorte. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O que é sagrado? Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdade individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FACHINI, Enzo Vasquez Casavola; SMITH, Henry Bryan. *A clonagem humana e os fundamentos da sua vedação na ordem jurídica brasileira*. Disponível em: <https://henrysmith.jusbrasil.com.br/artigos/243069169/a-clonagem-humana-e-os-fundamentos-de-sua-vedacao-na-ordem-juridica-brasileira>. Acesso em: 01 out. 2021.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONZÁLEZ, Juliana. *El Ethos, destino del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

KAHN, Axel; PAPIILLON, Fabrice. *Copies conformes. Le clonage en question*. S/C. NiL Éditions, 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELCH, Rita. *Direitos da personalidade e clonagem humana*. São Paulo: Método, 2009.

LEME, Renata Salgado; SANTOS, Márcia Fuchs dos. Clonagem terapêutica: direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade humana. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 1, 2019.

LIMA, Hugo Camargos. Embrião (in)viável? Disponível em: <http://arquivos.integrawebsites.com.br/71771/3e7f6e9ddfd949f75b32764e7cb98f18.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

MARTINS, Leonardo (Coord.). *Bioética à luz da liberdade científica*. Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa portadora de deficiência e o ministério público. In: FIGUEIREDO, Guilherme José (Coord.). *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

NAMBA, Edson Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Larissa. O status do nascituro perante o ordenamento jurídico brasileiro e sua proteção constitucional por meio dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 118, p. 207-226, fev. 2020.

NERY, Pedro Fernando. Com o envelhecimento da população, é preciso pensar em formas de financiar o SUS. *Estadão*, 28 set. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/com-o-envelhecimento-da-populacao-e-preciso-pensar-em-formas-de-financiar-o-sus,70003852761>. Acesso em: 28 set. 2021.

RASKO, John; POWER, Carl. *Flesh made new: the unnatural history and broken promise of stem cells*. ABC Books, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Escassez de órgãos e clonagem terapêutica: uma conexão possível? *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 03, p. 01-13, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 5. ed. rev. atual. e amp. Indaiatuba/SP: Foco, 2021.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, n. 31 (5), out. 1997. Disponível em: www.scielo.br/j/rsp/a/ztHNk9hRH3TJhh5fMgDFCFj/?lang=pt. Acesso em: 10 nov. 2021.

SILVA, João Felipe; ALONSO, Ricardo Pinha. O Estatuto do Nascituro – avanço ou retrocesso na proteção aos direitos humanos? In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando (Orgs.). *Estudos contemporâneos de bioética e biodireito*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 205-228.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito penal genético e a lei da biossegurança: Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Trad. Gregorio Tudela Cambroner. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994.

ZATZ, Mariana. Clonagem e células-tronco. *Ética e ciências da vida*. Estud. av. 18 (51), ago. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/sDtmSJfCv3cYLjcdg94NW4n/?lang=pt>. Acesso em: 28 set. 2021.