

A INCIDÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE O DIREITO NACIONAL EM MATÉRIA DE BIOÉTICA: ENTRE INFLUÊNCIA E ENCANTAMENTO^{N T}

Bertrand Mathieu*

I Uma realidade: o lugar preponderante das normas internacionais no direito da bioética. 1 O sistema normativo em matéria de bioética: uma construção original. 2 O direito internacional da bioética: instrumentos jurídicos diversificados. 2.1 A declaração da Unesco sobre o genoma humano. 2.2 A Convenção de Bioética do Conselho da Europa. 2.3 A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. II Uma constatação: o caráter pouco constringente do direito internacional da bioética. 1 Princípios derogáveis. 2 Regras inoperantes. 3 Regras não aplicadas. 4 Regras cuja aplicação está subordinada ao desenvolvimento dos direitos nacionais. III Um elemento de explicação: o caráter *encantatório* da invocação dos direitos fundamentais em matéria de bioética. 1 Algumas contradições. 1.1 Da dificuldade em conciliar as referências contraditórias em se tratando da pesquisa sobre o embrião. 1.2 Da dificuldade de se fundamentar a interdição da clonagem reprodutiva. 1.3 Os direitos do homem, muralha incerta à instrumentalização do humano.

RESUMO

Trata-se de artigo sobre a influência das normas internacionais sobre o direito nacional em matéria de Bioética.

PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional. Direito interno. Bioética.

A internacionalização do direito é uma realidade que se traduz de várias maneiras. Para um constitucionalista, ela se encontra, particularmente, na forma pela qual o Direito dos direitos fundamentais tende a homogeneizar a redação das disposições constitucionais relativas a estas questões.

Se os textos diferem na sua redação, a interpretação dada pelos juizes, europeus, nacionais, constitucionais ou ordinários, tenderá geralmente ao mesmo resultado, marcado pela interpenetração das ordens jurídicas. Sem modificação dos textos de referência, constitui-se, assim, um esboço de di-

* Professor de Direito da Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne, Diretor do Centro de pesquisas em Direito Constitucional da referida instituição de ensino superior, Doutor em Direito, autor de obras de Direito Constitucional e de Contencioso Constitucional [equivalente ao direito processual constitucional N.T.] e de incontáveis artigos publicados em revistas francesa e estrangeiras, além de conferencista renomado na França e em outros países.

^{NT} Artigo traduzido por Fátima Viana e revisado por Valeschka e Silva Braga.

reito comum. A universalização dos direitos fundamentais corresponde à globalização econômica e à concorrência científica que incitam igualmente à internacionalização do direito e à eliminação de constrangimentos que podem representar as diferenças estatais.

Em matéria de bioética, o caráter universal dos desafios, o peso dos interesses econômicos, o caráter transnacional da investigação, a fragilidade relativa dos direitos nacionais, são vários dos fatores que conduziram à elaboração de um direito que primeiro foi internacional. Desta realidade, freqüentemente foi retida uma aparência segundo a qual este direito internacional serve de referência para o desenvolvimento das legislações nacionais.

Devido à sua fraca normatividade, mas também devido à sua ambigüidade substancial, o direito internacional da bioética é constituído essencialmente de princípios diretores que traduzem mais uma preocupação comum que a investigação de normas comuns. Esta situação específica pode explicar-se pelos conflitos de valores que estão presentes na obra no direito da bioética e na crise que atravessa o Direito dos direitos fundamentais, apesar de sua aparente prosperidade.

I UMA REALIDADE: O LUGAR PREPONDERANTE DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO DIREITO DA BIOÉTICA

O sistema normativo da bioética é o testemunho avançado da evolução do direito. Com efeito, confrontado aos progressos da ciência e da técnica, ao rompimento do sistema de valores, à inflação dos desejos individuais transmutados em direitos fundamentais, à contestação da norma jurídica imperativa, o enquadramento social tende a transformar-se, tanto no que diz respeito à forma da regra quanto à sua substância. No plano formal, o sistema normativo não é mais exclusivamente jurídico. Testemunham, no plano internacional, o desenvolvimento de normas, editadas por organizações não governamentais ou governamentais, desprovidas de força jurídica, e o papel desempenhado, no plano nacional e internacional, pelos Comitês de Ética. Entretanto, hoje, este direito se cristalizou em diversos textos que são da competência do direito internacional *stricto sensu*.

1 O SISTEMA NORMATIVO EM MATÉRIA DE BIOÉTICA: UMA CONSTRUÇÃO ORIGINAL

Historicamente, os princípios aplicáveis em matéria de bioética foram estabelecidos primeiro a nível internacional, em Nuremberg, no ano de 1947. O Código de Nuremberg, com efeito, foi estabelecido, no âmbito do julgamento dos médicos nazistas, por um tribunal militar americano, habilitado por 23 Estados, e que funcionou por delegação do Tribunal Internacional de Nuremberg, de acordo com as regras em vigor referentes a esta jurisdição.

Mesmo se ele repousa sobre fundamentos jurídicos incertos, porque este tribunal não foi criado precisamente para estabelecer regras de alcance geral, pode-se considerar, contudo, que este Código, hoje, está integrado ao direito internacional costumeiro. Assim, os princípios que ele enuncia a propósito das experimentações clínicas sobre o Homem são reencontrados em todos os textos de bioética.

Trata-se essencialmente de subordinar estas experiências ao consentimento da pessoa, assunto da investigação pelo seu julgamento, o Tribunal de Nuremberg sublinhava a necessidade de afirmar a dignidade da pessoa humana, na sua própria essência, assim como proibir que ela seja tratada como um objeto, independentemente das circunstâncias e dos objetivos perseguidos.

Foi necessário esperar os anos 60 e a tomada de consciência do fato de que certas experimentações efetuadas em estados democráticos, em especial nos Estados Unidos, podiam ser gravemente violadoras dos direitos humanos, para que uma nova fase de regulamentação das práticas biomédicas intervisse. Inicialmente, constituiu-se, então, um “direito frouxo”, procedente, essencialmente, de resoluções de organizações internacionais que serviram ao mesmo tempo de caixa de ressonância às apreensões da opinião pública e de preparação à elaboração de verdadeiras normas jurídicas.

A partir de textos fundamentais, como a Declaração Helsínquia da Associação médica mundial, de 1964, e a Declaração de Manilha do C.I.O.M.S, de 1981, desenvolveu-se uma grande quantidade de textos publicados por O.N.G¹, cujo alcance é extremamente variável. Se alguns destes textos desempenham um papel determinante, eles visam, às vezes, a enquadrar, numa preocupação corporativista, práticas que são objeto de proibições nacionais ou internacionais.² É apenas num segundo momento, e enquanto o direito na matéria estava ainda muito pouco explícito (na França, a primeira legislação global data de 1994), que foram adotados instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos do homem da UNESCO (1997)³ e a Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina do Conselho da Europa (1996).⁴

Enfim, no plano internacional, uma nova etapa é chegada, quando um texto relativo aos direitos do homem e vocação geral, justo das disposições específicas à bioética. É assim da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia que no seu primeiro capítulo consagrado ao princípio de dignidade contém disposições específicas às práticas biomédicas.

2 O DIREITO INTERNACIONAL DA BIOÉTICA: INSTRUMENTOS JURÍDICOS DIVERSIFICADOS

Enquanto o sistema normativo referente à bioética é particularmente sufocado, mas formado de textos de valor desigual e de alcance desigual, só

tratarei aqui dos principais textos de natureza jurídica que se referem à bioética ou que contêm disposições específicas à bioética.

2.1 A declaração da Unesco sobre o genoma humano

Este texto exalta, primeiramente, a primazia da dignidade do indivíduo. Ele lembra, em segundo lugar, o caráter fundamental da liberdade da pesquisa, ainda que legitimadas as restrições das quais esta pode ser o motivo, a fim de preservar os direitos e a dignidade das pessoas. Enfim, e em terceiro lugar, a Declaração tende a reatualizar os direitos de «solidariedade» no contexto da bioética.

Entre os direitos especificamente reconhecidos: o direito à segurança que impõe aos praticantes e aos pesquisadores de só intervir sobre o genoma de um indivíduo «após uma avaliação rigorosa... dos riscos e vantagens potenciais» de sua intervenção; o direito do indivíduo de consentir, de maneira informada e prévia a uma tal intervenção; o «direito de não saber», isto é, de recusar eventualmente de conhecer os resultados de um exame genético (art. 5º); o direito de não ser motivo de discriminações injustificadas, fundadas em características genéticas individuais (art. 6º), o direito à confidencialidade dos dados genéticos individuais (art. 7º); o direito à reparação dos danos “tendo como causa direta e determinante uma intervenção sobre seu genoma” (art. 8º).

2.2 A Convenção de Bioética do Conselho da Europa

O « direito » europeu da bioética está em estado essencialmente encarnado na Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa de 1996, ou Convenção de Oviedo. É um texto bastante representativo de uma construção ordenada a partir do princípio de dignidade.

O artigo 1º desta Convenção estipula que « as Partes da presente Convenção protegem o ser humano em sua dignidade e sua identidade e garantem a todos, sem discriminação, o respeito de sua integridade e de seus outros direitos e liberdades fundamentais, frente às aplicações da biologia e da medicina ». O artigo 2º acrescenta que « o interesse e o bem do ser humano devem prevalecer sobre o único interesse da sociedade e da ciência ».

Entre os princípios inscritos na Convenção, figuram o princípio do consentimento, o da exigência do respeito da vida privada que induz, sobretudo, o direito dos pacientes à informação ou à não-informação e à proteção das informações referentes à sua saúde (art. 10). A liberdade da pesquisa é afirmada, mas seu exercício é condicionado ao respeito das disposições que asseguram a proteção do ser humano. A integridade do corpo humano é

protegida pelos princípios de não comercialização do corpo humano (art. 21). Em se tratando do genoma humano, a Convenção prescreve que uma intervenção sobre o genoma de uma pessoa só possa ter uma finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica. A garantia destes direitos é assegurada pela afirmação de um direito à reparação (art. 24).

2.3 A Carta dos direitos fundamentais da União Européia

Quando se trata de questões que dependem da bioética, a Carta Européia apresenta uma dupla originalidade. Por um lado, é o primeiro grande texto generalista e internacional relativo aos direitos fundamentais a tratar desta questão. Assim, a bioética não é mais somente o objeto de declarações ou de convenções especializadas, ela ocupa, no âmbito dos direitos fundamentais, um lugar que tende a se banalizar. Por outro lado, estas disposições da Carta Européia são o testemunho do lugar crescente que ocupam as questões biomédicas no direito europeu, como o mostram, por exemplo, a diretiva sobre a brevidade do humano bem como os inúmeros e ricos pareceres do Grupo Europeu de Ética.⁵

A própria estrutura da Carta coloca estas questões em primeiro plano, em um capítulo destinado à dignidade que precede a um segundo capítulo intitulado « liberdades », no âmbito do qual se encontram essencialmente os direitos liberais clássicos, um terceiro capítulo sobre a « igualdade » e um quarto dedicado à solidariedade. Alguns destes direitos ou destas liberdades não são estranhos à bioética, é assim, por exemplo, sobre: a proteção dos dados pessoais (art. 8), a liberdade da pesquisa (art. 13), o princípio da não-discriminação - do qual é especificado que ele tem em vista as características genéticas (art. 21), o direito à saúde (art. 35).

O capítulo dedicado ao princípio de dignidade não visa exclusivamente às questões referentes à bioética. Ele coloca em seu artigo 1º o referido princípio e se dedica, em seus artigos seguintes, a desenvolver suas conseqüências no que diz respeito ao direito à vida, ao direito à integridade, à interdição da tortura e das penas ou de tratamentos desumanos e/ou degradantes, à proibição da escravatura e do trabalho forçado.

II UMA CONSTATAÇÃO: O CARÁTER POUCO CONSTRINGENTE DO DIREITO INTERNACIONAL DA BIOÉTICA

A força jurídica dos textos do Direito Internacional da Bioética é bastante fraca. A Declaração da Unesco, mesmo tendo sido renovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, não tem a força jurídica de um tratado. A Convenção de Bioética do Conselho da Europa é um tratado, mas não foi ratificado pela França. Quanto à Carta dos direitos fundamentais da União Européia, se bem que dotada de uma real influência é, no momento, despro-

vida de força jurídica. Somente no âmbito da União Européia as normas jurídicas, sobretudo as diretivas referentes à bioética, são dotadas de uma força real de pressão jurídica. Salientaremos que não se trata de textos referentes aos direitos fundamentais, mas de uma harmonização das práticas.

Independentemente da questão referente a seu alcance jurídico, os textos aqui relatados são, freqüentemente, redigidos ou interpretados de tal modo que são mais proclamatórios do que imperativos. Ilustraremos esta afirmação tomando um certo número de exemplos sem pretensão à exaustão.

1 PRINCÍPIOS DERROGÁVEIS

Tratando-se do princípio do consentimento, a Declaração Universal da Unesco sobre o genoma humano mostra como a afirmação solene de um princípio pode esconder, de fato, uma grande faculdade de derrogação. Este texto estende o campo da exigência do consentimento em todas as formas de intervenção para fins médicos ou científicos sobre o genoma de um indivíduo. Ele prevê a possibilidade de derrogação em matéria de ações de investigação de paternidade ou de autores de infrações.⁶ Mas se o interessado não está em condições de expressar seu consentimento, este pode ser dado por terceiros. Sobre este assunto, o texto (art. 9) é ambíguo, o retorno à hipótese de que o interessado não está em condições de expressar seu consentimento poderia remeter às hipóteses onde o obstáculo depende da legislação nacional. O artigo 5º da Declaração remete, sem dúvida, a esta hipótese, às disposições das leis nacionais, tendo como limite somente a consideração de interesse superior do interessado. Aliás, esta questão da representação do consentimento é uma das questões fundamentais em matéria de bioética. Um conceito extensivo da noção de consentimento feito por representação é suscetível de esvaziar de sentido o próprio conceito. O artigo 9º prevê igualmente, de maneira geral, derrogações ao princípio do consentimento.

Encontramos os mesmos limites trazidos ao princípio afirmado tratando-se da utilização dos testes genéticos preventivos realizados em uma pessoa.

Em nível mundial, a Declaração sobre o genoma humano da Unesco determina que « Ninguém deve ser motivo de discriminações fundadas sobre suas características genéticas que teriam por finalidade ou por efeito prejudicar seus direitos e suas liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade» (art. 6). A Convenção sobre Bioética adotada pelos Países do Conselho da Europa, em novembro de 1996, proíbe « toda forma de discriminação contra uma pessoa em razão de seu patrimônio genético » (art. 11).

Entretanto, enquanto os princípios apresentados parecem relativamente claros, a lógica do direito aplicável à utilização dos testes genéticos é um pouco confusa. Tratando-se da utilização dos testes genéticos em certos atos

da vida social, a discussão continua amplamente aberta a partir de uma recusa de princípio. Esta recusa só vale enquanto os resultados dos testes genéticos parecem, no conjunto, pouco utilizáveis. A questão diz respeito essencialmente às discriminações genéticas que poderiam ser operadas em matéria de acesso ao emprego e ao seguro de saúde. Ora, além das condenações de princípio, certos textos são mais ambíguos. Assim, a Convenção Bioética do Conselho da Europa não se opõe a que um candidato ao referido seguro faça espontaneamente uso de testes genéticos favoráveis. Do mesmo modo, o esboço da declaração internacional sobre os dados genéticos humanos do Comitê Internacional da Unesco (versão de 28 de outubro de 2002) prevê que “Os dados genéticos associados a uma pessoa identificável, a uma família ou a um grupo não são acessíveis a terceiros, sobretudo aos empregadores, às companhias de seguro ou às instituições educativas, salvo nos casos previstos pela legislação ou pela regulamentação nacionais...”

2 REGRAS INOPERANTES

As contradições ligadas ao reconhecimento da proteção do embrião humano em nome do princípio da dignidade e dos imperativos científicos e econômicos invocados em apoio de sua utilização como material de pesquisa, leva a esvaziar de seu conteúdo certas disposições normativas.

Assim, o artigo 1º da Convenção “bioética” do Conselho da Europa estabelece uma distinção interessante entre ser humano e pessoa que não pode ser fortuito em relação ao contexto e à data de sua elaboração. Assim, o ser humano é protegido em sua dignidade e sua identidade enquanto que a pessoa vê o respeito de sua integridade e de seus direitos e liberdades fundamentais garantidos sem discriminação. O princípio de dignidade protege então o ser humano e logo, poderíamos pensar, o embrião. Com efeito, se o embrião não é juridicamente apreendido como uma pessoa é, no sentido literal, um ser humano. Por outro lado, o artigo 18 de mesmo texto admite que certas legislações nacionais permitem pesquisas sobre o embrião *in vitro*, com a condição de que estas garantam uma proteção adequada do embrião. Uma interpretação literal deste texto deveria levar a considerar que toda pesquisa levando à destruição de um embrião não pode ser considerada como assecuratória de uma proteção adequada deste último.

Entretanto, a interpretação deste texto não é tão clara quanto parece. Com efeito, a relação explicativa desta convenção que se define não como sendo um instrumento de interpretação autêntica, mas como um esclarecimento precioso sobre as intenções das partes, e que remete ao direito interno dos Países o cuidado de determinar o significado dos termos ser humano e pessoa, o que enfraquece de modo sensível a extensão deste texto. Com efeito, uma norma da qual os destinatários podem avaliar livremente a extensão definindo de maneira discreta os conceitos aos quais ela se refere, é desprovida de toda afetividade.

Encontramos uma lógica similar tratando-se da interpretação da exigência convencional da proteção da vida. O artigo 2º da Convenção Européia dos Direitos do Homem precisa que “a morte não pode ser imposta a ninguém intencionalmente” e nenhuma das derrogações previstas se refere às circunstâncias próprias, à eutanásia ou ao suicídio assistido. Este texto prevalece sobre as legislações nacionais dos Países que aderiram a esta Convenção. Entretanto, no caso *Pretty contra Reino Unido* de 29 de abril de 2002, se a Corte Européia dos Direitos do Homem considerou que não se podia interpretar o artigo 22 como conferindo um direito à morte, ela não reteve deste artigo a interpretação segundo a qual ele proibiria que fosse reconhecido um direito de lhe ser dada a morte. Assim, enquanto que este artigo 2º proclama um direito objetivo à vida, a Corte o interpreta como reconhecendo um direito subjetivo à proteção de sua vida.

A Corte une-se ao sentido dado a este direito pela Carta dos direitos fundamentais da União Européia fazendo abstração da diferença de formulação entre os dois textos. Destacaremos, nesta ocasião o papel essencial desempenhado pelo juiz, sobretudo europeu, na interpretação dos textos que eles adaptam à idéia que fazem do estado da sociedade.

3 REGRAS NÃO APLICADAS

De forma oposta, face às regras jurídicas européias rígidas e imperativas, o direito nacional se mostra às vezes reticente em executá-las.

É assim em matéria de brevidade das invenções biotecnológicas referentes à vida humana. Esta questão tomou uma amplitude considerável sob a pressão dos riscos econômicos e científicos induzidos da descodificação do genoma humano. Em 1998, uma diretiva européia fixou as regras aplicáveis à matéria. Enquanto que esta diretiva devia ser transposta em direito francês em julho de 2000, o legislador francês se interroga ainda sobre a questão de sua transposição em direito nacional.

No caso, esta diretiva só foi transposta por seis países e foi motivo de um recurso perante a Corte de Justiça da Comunidades Européias. Na ocasião do debate sobre a modificação das leis chamadas bioéticas, o legislador nacional encara uma transposição parcial desta diretiva.⁷ A primeira redação votada pela Assembléia Nacional entrava diretamente em conflito com o artigo 5º da diretiva que precisa que um elemento isolado do corpo humano, ou produzido por um procedimento técnico, inclusive a seqüência ou a seqüência parcial de um gene pode constituir uma invenção patenteável mesmo se a estrutura deste elemento é idêntica a de um elemento natural. Após os debates no Senado, foi elaborada uma tentativa de compromisso. O texto foi assim redigido: “Não podem constituir invenções patenteáveis o corpo humano nos diferentes estágios de sua constituição e de seu desenvolvimento, bem como a simples descoberta de um de seus elementos, inclusive

a seqüência parcial de um gene (*esta parte do texto é uma retomada pura e simples da alínea 5 da diretiva*). A proteção pela patente de uma invenção constituindo a aplicação técnica de uma função de um elemento do corpo humano só cobre este elemento na medida em que ele permite esta aplicação particular, que deve ser concretamente e precisamente exposta na solicitação de patente”.

O risco desta redação é permitir que a existência de uma patente sobre as aplicações específicas de uma função de um gene não limitam a liberdade da pesquisa sobre outras aplicações extraídas deste gene. Trata-se, entretanto, de uma interpretação muito restritiva da diretiva.⁸

4 REGRAS CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUBORDINADA AO DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS NACIONAIS

Existem também hipóteses em que a elaboração ou a aplicação do direito internacional estão subordinadas às evoluções do direito nacional.

Assim, a criação de embriões humanos por meio de clonagem a fim de obter células ES (células troncos), é expressamente condenada pela Convenção de Bioética do Conselho da Europa que determina, sem ambigüidades, que é proibida a constituição de embriões humanos para fins de pesquisa.

Ora, na França, o anteprojeto de lei de revisão das leis “bioéticas” de 2001 previa que embriões podiam ser criados por clonagem para fins de pesquisa. Esta disposição foi retirada, sobretudo, após a oposição do Presidente da República. Reintegrada pelos deputados por ocasião do debate na Assembleia Nacional, ela não foi retomada pelo Senado, apesar de um parecer favorável do Comitê Consultivo Nacional de Ética. Talvez a existência de tais incertezas tenha levado o legislador francês a esperar a adoção da nova lei para debater a ratificação da Convenção de Oviedo. No caso, não é a regra internacional que condiciona a regra nacional, mas o contrário.

III UM ELEMENTO DE EXPLICAÇÃO: O CARÁTER ENCANTATÓRIO DA INVOCAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA DE BIOÉTICA

A dificuldade em traduzir nos direitos nacionais certos princípios afirmados pelos textos internacionais e o caráter pouco operatório destes textos encontra talvez uma explicação nos conflitos de valores envolvendo o direito da bioética, conflitos mais mascarados que resolvidos pelo recurso à ética dos comitês do mesmo nome. Mais concretamente seria preciso levar em consideração o fato de que os direitos do homem não representam, apesar das aparências, o único fundamento do direito da bioética.

1 ALGUMAS CONTRADIÇÕES

Estas contradições são evidentes tanto no que se refere à regulamentação da pesquisa sobre o embrião, quanto sobre a interdição da clonagem reprodutiva.

1.1 Da dificuldade em conciliar as referências contraditórias em se tratando da pesquisa sobre o embrião

O Grupo Europeu de Ética das Ciências e das novas tecnologias junto à Comissão Européia pronunciou, em novembro de 1998, um parecer referindo-se à questão da pesquisa sobre os embriões humanos.⁹ Levando em conta o caráter contrastante da paisagem legislativa européia, o Comitê manifesta, em seu parecer, ao mesmo tempo uma consciência dos problemas morais e éticos apresentados por uma tal pesquisa e uma preocupação realista que leva de fato a aceitar que seja executada uma concepção utilitarista do embrião humano. Entretanto, o Grupo preconiza o financiamento das pesquisas sobre o embrião baseando-se em um certo número de considerações. Inicialmente, o Comitê ressalta com relação às diferentes legislações nacionais e das diferentes concepções morais, o pluralismo que reina na Europa sobre esta questão. Após ter manifestado tal respeito pelas “concepções deontológicas”, que protegem o embrião em nome de sua condição humana, e as “concepções teleológicas” ou utilitaristas, que privilegiam os benefícios que a coletividade pode tirar da pesquisa sobre o embrião, o Grupo deduziu que esta pesquisa, não podendo ser proibida com relação ao “pluralismo cultural” e aos benefícios esperados, deve ser autorizada. E se ela é autorizada, ela deve poder ser financiada por fundos públicos europeus.

Esse raciocínio mostra a dificuldade de elaborar uma síntese consensual a partir dos direitos positivos nacionais contraditórios. A afirmação segundo a qual o Comitê não toma uma decisão entre os diferentes sistemas de valor em causa não é exata. Na verdade, admitir em nome do pluralismo que pesquisas sobre o embrião sejam financiadas pela União, é de fato, tomar partido em favor da tese “utilitarista”.

1.2 Da dificuldade de se fundamentar a interdição da clonagem reprodutiva

As tentativas feitas a fim de estabelecer a nível universal um texto condenando a clonagem e de inserir esta condenação na lei francesa traduzem, além das aparências, uma certa incerteza sobre o que deve fundamentar tal condenação.

O texto de lei referente à bioética, como adotado pelo Senado Francês, faz da clonagem reprodutiva um crime pertencendo a uma categoria nova, contra a espécie humana. É preciso se interrogar por que razão esta técnica representa uma interdição maior: perigo, inutilidade científica e

médica, ameaças à espécie? Caso se proteja o indivíduo, trata-se de proteger sua identidade genética ou seu modo de fabricação (reprodução ou procriação)? Os textos que condenam esta técnica são, deste ponto de vista, divergentes. A Declaração da Unesco sobre o genoma humano considera que a clonagem reprodutiva é contrária à dignidade humana. A Carta dos direitos fundamentais da União Européia a considera contrária à integridade da pessoa. Na França, em seu relatório anterior à revisão das leis bioéticas, o Conselho de Estado baseou-se sobre a proteção da integridade da espécie humana. Em 1994, o Conselho Constitucional fez da proteção da espécie humana um princípio legislativo responsável pelo princípio constitucional da dignidade.

Se nos referimos à proteção da espécie humana, é a seleção da espécie humana que está assim condenada, mas de um lado, inúmeras práticas eugênicas são autorizadas, sobretudo a pesquisa pré-natal ou de pré-implante das anomalias genéticas ou a esterilização dos deficientes mentais, de outro lado uma prática isolada não depende das práticas eugênicas organizadas (únicas condenadas pela lei francesa). A condenação da clonagem reprodutiva em nome da dignidade da pessoa humana é muito ambígua, pois ela tenderia a negar a dignidade da criança que poderia um dia, ser reproduzida por clonagem, enquanto que não se pode considerar que a dignidade humana está ligada a seu modo de reprodução. Enfim, a criação de uma nova categoria juridicamente protegida, a espécie humana, causa vários problemas. Ela é conceitualmente mal definida e acentua o desenvolvimento de direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais.

O desenvolvimento de uma ética necessariamente provisória, casual e produzida pelo consenso como substituto a um direito fundado sobre um sistema de valores, o dos direitos do homem, tende a misturar as lógicas às quais obedecem as regras apresentadas e sua razão de ser. Ela desenvolve um sistema normativo baseado na emoção flutuante e que deste modo se apresenta pouco protetor dos indivíduos. Por outro lado, a aceitação em nome da erradicação de certas doenças, de práticas que instrumentalizam a vida humana enfraqueceu consideravelmente a força dos argumentos que justificam uma interdição radical da clonagem reprodutiva.¹⁰

1.3 Os direitos do homem, muralha incerta à instrumentalização do humano

O direito da bioética, quer seja interno ou internacional, é inscrito de maneira muito voluntarista na relação de filiação com os direitos do homem, sobretudo os princípios de dignidade e de liberdade. Não somente a importância concedida a estes direitos fundamentais, mas também a multiplicidade e a interação das normas jurídicas ou não-jurídicas utilizadas em matéria de bioética dão testemunho desta constituição, de uma ordem onde a fonte formal da norma conta em definitivo menos que a substancialidade do direito.

Esta evolução profunda do sistema jurídico se acompanha de uma crise dos fundamentos sobre os quais ele é construído. A força do movimento e seu caráter inelutável repousam sobre uma conjunção de fatores. Inicialmente, o sistema de valores em volta dos quais se organiza a sociedade não apresenta mais, pelo menos em nossas sociedades ocidentais, coerência real, ou mais exatamente sua coerência se constrói em torno da diversidade. Assim, as diferenças são valorizadas tanto nas crenças e nas ideologias quanto nos comportamentos. Torna-se então muito difícil encontrar um acordo sobre valores cuja aceitação comum induz o respeito das regras que dele decorrem. Assim, o reconhecimento de direitos próprios a categorias particulares, constituídas em função de seu sexo, de sua idade, de sua língua ou de seu comportamento sexual, por exemplo, faz explodir a unidade reconhecida no grupo social. A decisão pelo voto majoritário se substitui a decisão obtida por consenso. A democracia representativa tende a se substituir um sistema oligárquico composto de sábios e do culto cujo desenvolvimento se alimenta da complexidade das questões a serem tratadas. Enfim, saindo da vocação inicial que é obra de conhecimento, a ciência se impõe como um fator de organização social sobre sua própria legitimidade devido a desenvolvimentos consideráveis que ela conhece e das promessas de alívio de certos sofrimentos humanos que ela gera.

A mundialização das forças econômicas e das atividades científicas exige, no entanto, a determinação de um sistema de valor mínimo, geralmente aceito sobre o plano universal. Ora, o alcance dos direitos fundamentais é enfraquecido, sobretudo, por duas características, os termos empregados são polissêmicos e a afirmação dos princípios, relativamente imutável, é corrigida pelo desenvolvimento exponencial das interrogações que são trazidas. De fato, o lugar ocupado pelos direitos fundamentais no sistema normativo da bioética deu a aparência de um ordenamento do direito a partir de um sistema de valores encarnado nas regras de direito substanciais (constitucionais ou internacionais). Provavelmente é só uma aparência. As fraquezas que afetam os direitos fundamentais, às quais nós acabamos de nos referir, e a força dos interesses, notadamente econômicos, estabelecem uma relação de força que o direito mascara formalmente e traduz substancialmente.

O sistema dos direitos do homem repousa essencialmente, sobre um conceito ontológico que coloca o homem no centro da natureza. Esta coerência é ameaçada por certas teses que fazem do homem uma criatura, entre as outras, que deve ser protegida, do mesmo modo que as espécies animais, o ar ou a água. Esta concepção extrema da ecologia, visa, não a proteger o meio ambiente do homem, mas a reconhecer, não somente aos animais, mas também ao conjunto do mundo vivo, um direito à proteção. Ela encontra um certo eco nos textos jurídicos. Assim, o artigo 24 *nonies* da Constituição Federal Suíça reconhece a dignidade da criatura. Assim, a Constituição Alemã fez do animal um objeto constitucionalmente protegido. Assim, a legislação suíça distinguiu o estatuto jurídico do animal do da coisa.¹¹ Ao mesmo

tempo, a vida humana é despersonalizada, quer se trate de sua utilização para fins científicos ou de sua submissão ao direito das patentes. Em matéria genética, não é mais o indivíduo ou a espécie humana que são protegidos, mas a biodiversidade.¹² O patrimônio genético da humanidade é protegido como, por exemplo, o patrimônio vegetal, não mais em nome da dignidade humana, mas simplesmente em virtude do princípio da precaução. A intervenção sobre o genoma humano depende então de uma problemática similar àquela que visam os organismos geneticamente modificados (O.G.M.). O desenvolvimento da noção de direito do vivo que engloba sob um mesmo conceito a bioética e os biotecnologias contribui para confundir diferenças fundamentais. A transformação do objeto dos direitos fundamentais que marca simbolicamente a substituição desta terminologia àquela dos direitos do homem, facilita esta evolução da qual ela também dá um testemunho.

¹ Cf. A lista preparada pela OMS e publicada em LENOIR, N. E MATHIEU, B. *Droit international de la bioéthique (textos)* Coleção "Que sais-je ?", n. 3395, Paris: PUF, 1998.

² Para exemplos neste sentido Cf. LENOIR, MATHIEU, 1998.

³ Preparada por iniciativa da França pelo Comitê Internacional de Bioética com o apoio de sua presidente, Noëlle Lenoir.

⁴ Cf. LENOIR, MATHIEU, 1998.

⁵ Cf. *O Relatório Geral de Atividades 1998-2000*, publicado por este organismo.

⁶ Art. 9, Cf N. Lenoir, artigo citado, *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1998 (*Relatório público do Conselho de Estado*, 1998).

⁷ Cf. *Rapport du Sénat*, Commission des affaires sociales (*Relatório do Senado*. Comissão dos assuntos sociais) 128, 2002-2003.

⁸ Ela poderia, entretanto, apoiar-se na decisão CJCE de 9 de outubro de 2001 que respondendo a um argumento segundo o qual esta diretiva seria contrária ao princípio de dignidade humana responde que « a diretiva só se estende a dados biológicos existindo no estado natural no ser humano na medida necessária à realização e à exploração de uma aplicação industrial. Não é proibido considerar que a patente só se refere a estas aplicações industriais particulares.

⁹ Parecer n. 12 de 23 de novembro de 1998.

¹⁰ Cf. o parecer do CCNE sobre a prática chamadas de « crianças medicamentos » de 2002.

¹¹ Lei de 19 de fevereiro de 2003, *Dictionnaire permanent de bioéthique*. ED, legislativas, bol. 123, p. 7119.

¹² A convenção da O.N.U. do RIO sobre a biodiversidade versa sobre o conjunto do mundo vivo. Não parece que ela se aplique ao homem. Entretanto, a Declaração da Unesco sobre o genoma humano se refere a ela no âmbito da ética biomédica. La convention de l'O.N.U. de RIO sur la biodiversité porte sur l'ensemble du monde vivant. il ne semble pas qu'elle s'applique à l'homme. Cependant la Déclaration de l'Unesco sur le génome humain, s'y réfère dans le cadre de l'éthique biomédicale.

THE INCIDENCE OF THE INTERNATIONAL PRINCIPLES IN THE NATIONAL REGULATION OF BIOETHICS: THE INFLUENCE AND THE ENCHANTMENT

ABSTRACT

An article on the influence of the international principles focusing national regulation of bioethics.

KEYWORDS

International Law. Bioethics. National Rights.

L'INCIDENCE DES NORMES INTERNATIONALES SUR LE DROIT NATIONAL EN MATIÈRE DE BIOÉTHIQUE: ENTRE INFLUENCE ET INCANTATION

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur l'influence des normes internationales sur le droit national en matière de bioéthique.

MOTS-CLÉS

Droit international. Droit national. Bioéthique.