

TUTELA PENAL DO EMBRIÃO HUMANO *IN VITRO*

ALESSANDRA BEATRIZ MARTINS

TUTELA PENAL
DO EMBRIÃO HUMANO
IN VITRO

Conselho Editorial Acadêmico
Responsável pela publicação desta obra

Antonio Alberto Machado
Elisabete Maniglia
José Duarte Neto
Juliana Frei Cunha
Kelly Cristina Canela
Paulo César Corrêa Borges

ALESSANDRA BEATRIZ MARTINS

**TUTELA PENAL
DO EMBRIÃO HUMANO
*IN VITRO***

**CULTURA
ACADÊMICA** 
Editora

© 2013 Editora Unesp

Cultura Acadêmica

Praça da Sé, 108
01001-900 – São Paulo – SP
Tel.: (0xx11) 3242-7171
Fax: (0xx11) 3242-7172
www.editoraunesp.com.br
www.livrariaunesp.com.br
feu@editora.unesp.br

CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

M341t

Martins, Alessandra Beatriz

Tutela penal do embrião humano *in vitro* / Alessandra Beatriz Martins.
São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

Recurso digital

Formato: ePDF

Requisitos do sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7983-459-2 (recurso eletrônico)

1. Tutela jurisdicional. 2. Genoma humano. 3. Direito penal. 4. Processo penal. 5. Livros eletrônicos. I. Título.

13-07315

CDU: 343.1(81)

Este livro é publicado pelo Programa de Publicações Digitais da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP)

Editora afiliada:



Asociación de Editoriales Universitarias
de América Latina y el Caribe



Associação Brasileira de
Editoras Universitárias

Aos meus filhos Lucas e Thiago, bênçãos do Senhor na minha vida. À Marcela (in memoriam), breve sopro de vida em minha alma, por quem também presto graças e louvores a Deus e ao Senhor Jesus. Ao meu pai, Warses Ronan Martins (in memoriam), que em todos os dias do seu incansável trabalho como médico soube reconhecer o inestimável valor do milagre da vida humana.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARN	Ácido Ribonucleico
BCTG	Bancos de Células e Tecidos Germinativos
CC	Código Civil brasileiro
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBS	Conselho Nacional de Biossegurança
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CP	Código Penal
CRM	Conselho Regional de Medicina
CR88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTA	Células-Tronco Adultas
CTE	Células-Tronco Embrionárias
CTNBio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
FIV	Fertilização <i>in Vitro</i>

Fivete	Fertilização <i>in Vitro</i>
Gift	Gamete Intrafallopian Transfer
IA	Inseminação Artificial
LBS	Lei de Biossegurança (Lei Federal n. 11.105/2005)
MS	Ministério da Saúde
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
ONU	Organização das Nações Unidas
PGH	Projeto Genoma Humano
PNB	Política Nacional de Biossegurança
PL	Projeto de Lei
Prost	Pro-Nuclear Stage Transfer
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RT	Revista dos Tribunais
SBRA	Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
SisEmbrião	Sistema Nacional de Produção de Embriões
SJP	Sistema Jurídico-Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
Unesco	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
Unesp	Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
USP	Universidade de São Paulo
Zift	Zygote Intra Fallopian Transfer

SUMÁRIO

Introdução 11

1 Dignidade humana, direito à vida e Direito Penal 21

2 Tutela penal do direito à vida 83

3 Tutela penal da vida extrauterina 121

Conclusão 189

Referências bibliográficas 195

Glossário 209

Apêndices 215

Anexo 265

INTRODUÇÃO

O eventual tratamento jurídico-penal a ser dispensado aos embriões humanos excedentes das técnicas de reprodução assistida é uma das questões mais complexas, polêmicas e controvertidas colocadas na agenda jurídica pelo advento da atual sociedade pós-industrial. Com efeito, o desenvolvimento da biotecnologia e das técnicas dela decorrentes engendrou uma verdadeira revolução nos campos da Ciência, notadamente no que se refere à reprodução da própria espécie humana. Nesse contexto, a mais revolucionária de todas as biotecnologias é a engenharia genética, dentro da qual se destacam os procedimentos de reprodução humana assistida.

Impende ressaltar que, de qualquer modo, a questão do emprego do embrião humano *in vitro* em pesquisas científicas, com sua conseqüente destruição para a retirada de células-tronco, toca de perto o direito à vida e resvala no valor dignidade da pessoa humana.

Como a sobra de embriões *in vitro*¹ é um dado que parece inexorável por um imperativo de ordem técnica, o Direito como um todo,

1 Optou-se pelo uso do termo embrião *in vitro* em virtude de ser ele o empregado pelo Conselho Federal de Medicina por ocasião da edição da Resolução CFM n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010, que define normas éticas para aplicação das técnicas de reprodução humana assistida. Naquela resolução, o CFM, depois de disciplinar a intervenção sobre tais embriões, visando ao seu diagnóstico e

e o Sistema Jurídico-Penal em particular, dotado de uma inescandível dimensão valorativa, não podem, doravante, passar ao largo de tão relevante realidade.²

Na verdade, desde seus primórdios, a Ciência Jurídica tem se revelado um saber claramente vocacionado à defesa da vida humana. Tanto é assim que a Constituição da República de 1988, já no *caput* do artigo 5º, quando inaugura o título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, assegura a todos, indistintamente, a inviolabilidade do direito à vida. Para além do âmbito constitucional, no plano infraconstitucional, a defesa da vida humana mostra-se, demais disso, uma preocupação recorrente no ordenamento jurídico como um todo. Cite-se, por exemplo, o artigo 2º³ do Código Civil brasileiro, que determina a salvaguarda dos direitos do ente portador de vida pré-natal já desde o momento de sua concepção.

Cabe destacar que também o Código Penal pátrio inicia sua Parte Especial, nos artigos 121 a 128, tipificando as hipóteses de crimes contra a vida humana, dispondo sobre os delitos de homicídio; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto, nas suas diversas modalidades. Tal localização topográfica privilegiada sinaliza, com acerto, que para o Direito Penal a vida humana, inclusive a pré-natal, intrauterina ou dependente, é o bem jurídico-penal mais valioso para o Sistema Jurídico-Penal, reclamando sua especial forma de proteção. Afirma-se, então, com correção, que o Direito

tratamento, e de proibir a fecundação de oócitos humanos com finalidade alheia à procriação, estabeleceu que o tempo máximo permitido para desenvolvimento do embrião *in vitro* em laboratório, antes de vir a ser congelado, é de quatorze dias. Também o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, pugnou pelo uso do termo embrião *in vitro* para designar esta especial categoria de embrião humano extrauterino excedente das técnicas de reprodução assistida.

2 Segundo dados da Anvisa (on-line) compilados até janeiro de 2011, mais de 82 mil embriões humanos estão congelados nas clínicas de reprodução assistida brasileiras, e 2.273 embriões já foram doados para pesquisas com células-tronco embrionárias no País.

3 “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.”

Penal considera a proteção da vida humana uma de suas principais tarefas, e o comprovam os correspondentes tipos penais porventura constantes dos códigos (Roxin, 2006, p.60).

A par disso, no Brasil, a tutela⁴ conferida a este ente embrionário foi alterada com a promulgação da Lei de Biossegurança (Lei Federal n. 11.105/2005 ou LBS) (Brasil, 2005, on-line), que passou a permitir o uso regrado de células-tronco retiradas de embriões humanos para pesquisas científicas de caráter terapêutico, até então vedado pelo Ordenamento Jurídico, quando da vigência da Lei Federal n. 8.974/1995 (idem, 1995, on-line).

Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou pela primeira vez a questão do embrião *ex utero* por ocasião do julgamento da ação que pugnava pela inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos da citada LBS. Naquele julgamento, quando uma corte constitucional enfrentou pela primeira vez a questão – inclusive penal – dos embriões excedentários da técnica, o STF afirmou a constitucionalidade da Lei, manifestando-se pela improcedência da ação então proposta (ADI 3.510).

A despeito do resultado do citado julgamento, já amplamente conhecido da comunidade, inclusive científica e jurídica – que, registre-se, não foi unânime –, o debate acerca do tratamento jurídico-penal que deve ser dispensado a este ente gerado como excedente inexorável da técnica ainda está longe de se esgotar, permanecendo uma questão passível de discussão e de dissenso. Com efeito, para Guilherme de Souza Nucci (2009, p.120), a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos, ainda que gerados por meio de fertilização *in vitro*, “é tema polêmico e de difícil solução”.

Ressalte-se que a tutela do patrimônio genético é uma daquelas questões verdadeiramente existenciais, para as quais o legislador pode, porventura, editar uma legislação pior ou melhor, mas não dispõe da prerrogativa de eliminar os subjacentes conflitos, devendo

4 A despeito de, para alguns estudiosos, ainda com o advento da Lei de Biossegurança, não se pode admitir a existência, na órbita jurídica brasileira, de um modelo de tutela do embrião humano. Cf., neste sentido, Bechara (2007).

tão somente mantê-los dentro de margens que sejam comunitariamente aceitáveis em uma democracia de fato plural e tolerante (Dias, 2010, p.149).

Em razão de todo o exposto, o tema da proteção penal do embrião *in vitro* é complexo, estando diretamente ligado à consciência e à mundividência de cada um, requerendo, para seu adequado enfrentamento, o recurso a outros campos do saber alheios ao Direito Penal, especialmente ao Direito Constitucional, à Bioética, ao Biodireito e às Ciências Biológicas. Ressalte-se, ademais, que a questão do embrião excendatário tem se mostrado, ainda, portadora de uma intensa carga filosófica, religiosa e moral de inegável conteúdo ético.

Além de ser uma problemática relevante, complexa e controversa para a Ciência Criminal moderna, a eventual proteção penal do embrião humano extrauterino – também ele portador de parcela da identidade genética da espécie – é uma situação original e atual para o pensamento penalista do século XXI, reclamando do Direito uma atuação adequada, suficiente e justa visando à proteção da vida no marco sociológico de uma sociedade de riscos e conforme ao modelo de Estado de Direito brasileiro,⁵ que tem como um de seus fundamentos o valor da dignidade da pessoa humana.

Para o adequado enfrentamento do tema proposto, optou-se pelo método racional teleológico-funcional,⁶ que, em verdade, é uma reconstrução dialética dos pensamentos problemático e sistemático, revelando-se mais adequado ao presente estudo justamente em virtude de ser um tópico ainda aberto a questão penal do patrimônio genético contido no embrião humano excedente da fertilização *in vitro*. Assim, a partir de uma abordagem assumidamente problemático-dialética do tema, buscar-se-á uma sistematização da questão

5 Qualificado, pela melhor doutrina, como Estado de Direito, Democrático e Social, Material (ou Estado Material Democrático-Social de Direito), fundado no valor da eminente dignidade da pessoa humana. Nesse sentido temos Fernando Andrade Fernandes (2003, p.53-83).

6 Os maiores expoentes da construção desse método no âmbito penal são o alemão Claus Roxin e o português Jorge de Figueiredo Dias.

no nível jurídico-penal sem, contudo, lançar mão de um modelo acabado e fechado de Sistema Jurídico-Penal.

Como o objeto da pesquisa diz respeito diretamente à valoração jurídico-penal constitucional que se faz do embrião extrauterino, e sabendo-se que o valor⁷ tão somente tem o condão de ingressar no Sistema Jurídico-Penal pelas vias da Política Criminal, não se poderá renunciar a uma abordagem problemática da questão, visando à construção sistemática das eventuais respostas ao problema aqui posto.

Com efeito, ambas as formas de pensamento – sistemático e problemático – se complementam, podendo, inclusive, resultar em uma síntese possível e enriquecedora, conforme já alertou Claus Roxin (2000, p.20-2) por ocasião da publicação de sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Também para Antônio Castanheira Neves (1993, p.148), a dialética entre sistema e problema são duas coordenadas complementares e irredutíveis sem as quais o Direito não se realiza: metodologicamente falando, a garantia de justiça material é dada pelo problema, enquanto o controle da concordância dogmática somente é possível pelo recurso à ideia de sistema.

Mais especificamente falando, partir-se-á de um problema – no caso, o tratamento jurídico-penal do embrião *in vitro*, tendo em vista a edição da vigente Lei de Biossegurança e o julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal, que afirmou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco retiradas desses embriões humanos (com recurso ao pensamento problemático) – para, a partir desse problema, tentar-se a sistematização das questões abordadas em uma perspectiva da Ciência Jurídico-Penal (agora, sim, mediante o emprego do método sistemático).⁸

7 Insiste-se na natureza do Direito Penal como ciência que trabalha com juízos de realidade referidos a valores dados pelas proposições de política criminal de fundamento constitucional.

8 Pugnando pela defesa de um novo pensamento sistemático, em que o sistema deve ser antes de tudo aberto, móvel, heterogêneo e cibernético, Canaris (1989) defende que o Direito deve procurar desenvolver um conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica.

Efetivamente, a impossibilidade de o Direito prescindir da noção de sistema não impede que este seja problematizado e, então, estruturado de modo aberto às necessidades e fins sociais, dos quais não pode passar alheio o Sistema Penal. Tal construção mais flexível é de todo adequada ao movediço e mutável conhecimento científico das biotecnologias, pois permite que tal sistema seja suscetível de modificação quando se apresentem novos problemas que não possam ser solucionados pelos esquemas tradicionais.⁹

Em verdade, o Sistema Penal aberto – modelo aqui defendido em contraposição a um sistema fechado – é o único efetivamente passível de realização no paradigma sociológico da sociedade de riscos, uma vez considerada “[...] sua exclusiva permissividade aos aspectos sociais reais, possibilitando ao jurista o confronto do material teórico com os novos problemas constantemente colocados defronte de exigências resolutivas” (Salvador Netto, 2006, p.23).¹⁰

Impende ressaltar que o tema é ele mesmo paradigmático do caráter ambivalente da técnica que vai, inclusive, qualificar o atual modelo sociológico: a sociedade de riscos ou pós-industrial. Se, por

Também para Claus Roxin (2000), o sistema mostra-se como um elemento irrenunciável do Direito Penal de um Estado de Direito. Do mesmo modo, Jorge de Figueiredo Dias (1999, p.37) preceitua que, nos trabalhos com casos jurídico-penais, o pensamento do problema tem que forçosamente coexistir com o pensamento do sistema.

9 Impende mencionar a precisa lição de Caio Jesus Granduque José (2009, p.156, destaques do autor), segundo quem, com fundamento em Antônio Castanheira Neves, “[...] o sistema jurídico começa sempre por delimitar e predeterminar o campo e o tipo dos problemas, mas, como a *realidade humana* é livre, ela continuamente produz novos problemas, suscitando novas perguntas para o sistema e exigindo outro sentido para as respostas. Com isso, o problema impulsiona a reconstrução do sistema [...]”.

10 No mesmo sentido: “[...] o sistema aberto de Direito Penal tem um caráter crítico e evolutivo, caracterizando-se pela segurança jurídica, racionalidade e coerência de seus elementos. Estes, entretanto, não são rígidos e estanques, que, sob o prisma valorativo, devam perdurar indefinidamente, mas, do contrário, são acessíveis à integração de novas soluções, quando os problemas a serem resolvidos apresentarem pontos de conflito, ainda não resolvidos” (Camargo, *Sistema de penas: dogmática jurídico penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.28, apud Salvador Netto, 2006, p.23-4).

um lado, as técnicas de reprodução assistida permitem o legítimo exercício de um projeto parental, em um contexto familiar cada vez mais assentado no valor afeto; por outro, elas desvelam as bases genéticas da vida, especialmente a humana, expondo-as a formas de lesão potencialmente irreversíveis, e fazem emergir um novo ente humano, antes restrito ao ambiente do útero materno, qual seja, o embrião *in vitro*.

Para dar cabo de tal mister, este livro encontra-se dividido em Introdução, capítulos 1, 2 e 3 e Conclusão, além de um glossário, dois apêndices e um anexo. No Capítulo 1, abordar-se-á a relação entre Dignidade Humana, Direito à Vida e Direito Penal, perquirindo-se de que modo o Sistema Jurídico-Penal tutela a vida humana, e a perspectiva de vida da espécie humana, em um Estado de Direito fundamentado sobre o guião da dignidade da pessoa. Abordar-se-á, ademais, o conteúdo jurídico do valor dignidade, cuja preservação se manifesta concretamente na diuturna tutela penal dos bens jurídicos por meio dos tipos incriminadores. Ante o surgimento da sociedade de riscos, que vai engendrar relevantes questionamentos à Ciência Conjunta do Direito Penal, perquire-se acerca do desvelamento de novos bens jurídico-penais, de titularidade coletiva e caráter supra ou metaindividual, e diretamente referidos a novas dimensões da dignidade humana. Nesse sentido, defende-se que o bem *identidade genética humana*, que se contém no patrimônio genético da humanidade ou genoma humano, é a dimensão genética do valor dignidade, sendo dele certamente portador o embrião humano mantido em laboratório. Defende-se, ainda, que, em virtude da magnitude de tal bem (que, em uma dimensão prospectiva, se confunde com a própria condição de vida futura da espécie humana), mostra-se legítima e necessária a intervenção seletiva do Direito Penal, inclusive preventivamente, por meio do recurso aos crimes de perigo abstrato. Vislumbra-se assim o advento do Direito Penal Genético, ramo do Direito Penal secundário que se ocupa da genética humana e não humana e visa ao estudo das implicações penais decorrentes da aplicação das genetecnologias. Investiga-se o aparecimento da Bioética e do Biodireito, e a ligação destas disciplinas com a Ciência Penal.

Aponta-se para a Bioética como o estudo sistemático-científico das condições éticas para uma vida humana digna. Perquire-se acerca do Biodireito enquanto reflexo jurídico dessa Bioética. Ressalta-se que, no marco de um direito penal da sociedade de riscos, a base objetiva do injusto penal, caracterizada pela realização de um relevante risco *ex ante* não permitido pela ordem jurídica, passa a ser o substrato mínimo sobre o qual vai se (re)estruturar toda a contemporânea teoria do delito.

No Capítulo 2 será analisada, de modo abrangente, a tutela penal da vida humana na sua dimensão pessoal, nas fases pré e pós-natal. Abordam-se perfunctoriamente os tipos da Parte Especial do nosso Código Penal diretamente ligados à tutela da vida. Analisa-se, na seara jurisprudencial, um caso que ascendeu ao Supremo Tribunal Federal (STF) e que se insere na tutela penal da dimensão individual da vida humana: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), que trata do abortamento de feto portador de anencefalia, julgada procedente pela Corte constitucional brasileira em meados de 2012, por maioria dos votos, tendo sido o respectivo acórdão publicado em 30 de abril de 2013.¹¹

Por fim, no Capítulo 3, busca-se analisar o tratamento jurídico-penal conferido ao embrião *in vitro* e ao patrimônio genético humano mediante o estudo dos crimes descritos nos artigos 24 a 26 da Lei de Biossegurança. Alude-se, demais disso, ao julgamento proferido pelo Supremo na ADI 3.510, ocasião em que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005, que permitiu o uso condicionado de embriões excedentários em

11 “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013) (Brasil, on-line).

pesquisas científico-terapêuticas. Defende-se que ao Direito Penal sobreleva a preservação da dignidade humana em suas múltiplas manifestações sobre a própria proteção da vida, muito embora a vida seja o bem jurídico mais valioso para o Sistema Jurídico-Penal. Alerta-se para o fato de que o embrião humano, mesmo o extrauterino, para além de qualquer referência direta à vida singularmente considerada, é portador de uma dimensão da dignidade da espécie que se traduz no bem *identidade genética humana*. Isso ocorre porque o genoma humano seria a dimensão genética da mesma dignidade que nos torna pertencentes à espécie humana globalmente considerada, requerendo ser adequadamente tutelado pelo Ordenamento Jurídico-Penal. Afirma-se que o bem jurídico-penal *identidade genética humana*, que, em uma dimensão prospectiva, diz respeito à própria vida da espécie, tem como titular a humanidade presente e as futuras gerações, sendo o genoma humano o objeto material relacionado aos crimes contidos nos artigos 24 a 26 da Lei de Biossegurança. São analisados os tipos dos referidos artigos, e é apontada a divergência doutrinária quanto ao adequado enquadramento dogmático desses delitos. Notadamente no crime referente ao uso irregular de embrião *in vitro*, defende-se que o bem jurídico-penal protegido é a identidade genética, sendo objeto da eventual ação delituosa o ente embrionário, ainda que despersonalizado. Daí decorre que o delito é crime de perigo abstrato (em relação ao resultado final que se pretende evitar: a alteração comprometedora do bem jurídico-penal *identidade genética*) e crime material (na perspectiva da ação ou fato caracterizador do perigo, já que o tipo exige o efetivo emprego do embrião *in vitro* em desacordo com as condições impostas pelo artigo 5º da LBS).

Sendo assim, do correto enquadramento do delito decorreriam duas consequências: i) se a proteção do embrião *in vitro* prescinde de qualquer referência ao direito à vida, não é político-criminalmente adequado estabelecer, como fez o legislador, idades embrionárias ou tempos de congelamento para a utilização dos embriões em pesquisas terapêuticas; ii) o mero emprego do embrião excedentário em desacordo com a lei não legitima, de *per se*, o recurso ao aparato

penal, devendo o Direito Penal intervir tão somente naqueles casos em que há relevante e potencial perigo ao bem acaso protegido, sob pena de malferir o princípio político-criminal da intervenção mínima. Assim, é preciso que o uso ilícito do embrião *in vitro* seja idôneo a comprometer – melhor dizendo: lesionar – a identidade genética humana contida no genoma da espécie. O mesmo se diga em relação à manipulação de embriões, zigotos e células germinais humanas, cuja tutela penal só se justifica em razão da envergadura do bem *identidade genética*, sendo o artigo 25 da Lei de Biossegurança também um crime de perigo abstrato, a reclamar uma real potencialidade (ou possibilidade) de dano não insignificante ao bem jurídico-penalmente protegido pela norma, em atendimento ao princípio da ofensividade. Ainda no delito consistente em realizar clonagem humana, o bem acaso tutelado é a identidade genética da espécie, sendo o tipo um delito de perigo. O que ocorre, nesse particular caso, é que o bem *identidade genética* vai se mostrar portador de outras camadas axiológico-valorativas, a serem posteriormente analisadas.

Analisados tais delitos, e feita uma revisão desses tipos penais à luz do bem jurídico protegido e do risco a ele criado pelas modernas técnicas, foram acrescentados ao final um glossário com os termos mais usados, dois apêndices – um contendo a análise dos votos proferidos pelos ministros do STF no julgamento da ADI 3.510, e outro com o quadro sinóptico destes – e um anexo, com a íntegra do acórdão proferido pela Corte naquela relevante ocasião, que quiçá facilitarão o entendimento de tão intrincada questão.

1

DIGNIDADE HUMANA, DIREITO À VIDA E DIREITO PENAL

Dignidade humana e Estado de Direito brasileiro

Uma inter-relação necessária

Desde o advento da Constituição da República de 1988, o modelo constitucional de Estado de Direito brasileiro encontra-se expressamente vinculado ao valor da dignidade da pessoa humana, por força do dispositivo contido no inciso III do artigo 1º do Texto Maior. Referida vinculação ao valor dignidade verte sérias consequências para todo o Sistema Jurídico, notadamente para o Sistema Jurídico-Penal.

Antes de adentrar na abordagem da forma como o valor dignidade da pessoa humana vai influenciar o modelo de Estado de Direito eventualmente adotado, convém discorrer sobre o conteúdo jurídico daquele valor, perquirindo, demais disso, acerca do paradigma de Estado pelo qual optou o constituinte brasileiro por ocasião do ano de 1988.

Uma primeira observação que se faz necessária é a de que a dignidade humana é conceito dotado de aspectos ônticos e valorativos: tomando por base um dado real consistente na essência da espécie humana (aspecto ôntico), sobre ele o Direito vai projetar

consequências valorativas (dimensão valorativa ou axiológica do conceito).

Nesse sentido, em seu cariz valorativo, tem-se que a dignidade da pessoa humana funciona como uma diretriz axiológica orientadora de todo o sistema de direitos e garantias fundamentais que informa o modelo de Estado de Direito brasileiro.

Assim tomada como valor autônomo e específico que se adere a todos os homens em virtude de sua simples condição de ser humano, justamente em razão do mencionado aspecto ôntico, a dignidade da pessoa humana configura-se como uma referência constitucional conformadora e densificadora do conjunto dos demais direitos fundamentais do homem. Desse modo, a proteção da dignidade humana envolve, igualmente, a garantia de outros direitos indispensáveis à existência da espécie.

Por isso se afirma, com acerto, que, em uma concepção alargada, a proteção à dignidade humana é medida pela sua expressão nos concretos bens jurídico-penais que são tomados como objeto de salvaguarda dessa específica forma de tutela (Fernandes, 2003, p.65).

De fato, a dignidade da pessoa humana antecede o próprio juízo axiológico do legislador, vinculando toda sua atividade normativa, sobretudo no campo jurídico-penal. Nesse sentido, a dignidade humana aparece como um atributo ontológico do homem tomado em sua dupla perspectiva de existência: ora como ser integrante da espécie humana – e aqui a questão referente ao patrimônio genético humano como expressão dessa dignidade reconhecida à humanidade –; ora como indivíduo historicamente dotado de direitos humanos qualificados de fundamentais quando adentram o Diploma Constitucional, em uma dimensão singularmente considerada. Afirma-se, por conseguinte, que:

A dignidade da pessoa humana assume contornos de verdadeira categoria lógico-objetiva ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo. (Prado, 2005, p.145)

Ressalte-se que o constituinte de 1988 inovou ao arrolar, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. De fato, a Constituição de 1988 foi pioneira ao conferir tão relevante tratamento ao valor dignidade (Sarlet, 2006, p.61).

Impende ressaltar, mais uma vez, que a dignidade humana tem natureza de um valor derivado pela ordem jurídico-constitucional a partir da realidade consubstanciada no ser humano e, como tal, suscetível à historicidade ínsita e inevitável das valorações humanas. Nessa linha de argumentação, rememore-se a lição de Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.34), consoante quem a valoração jurídica goza de autonomia axiológica, sendo inequívoca “[...] manifestação de um valor autônomo e transcendente expresso através da consciência jurídica da comunidade, em que se funda toda a possibilidade de realização do direito”.

Não é termo inequívoco, contudo, e Robert Alexy, por seu turno, antevê na dignidade da pessoa humana uma norma constitucional de caráter dúplice (*Doppelcharakter*), sendo, simultaneamente, regra e valor.¹ Consoante Alexy (2008, p.113), é necessário pressupor a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana, de modo que “[...] a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana”.

Ocorre que referido princípio, segundo o autor, é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana. Mas, para além de fórmulas retoricamente genéricas, como a que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, Alexy (ibidem, p.354-5) defende que “[...] o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou podem não estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida”.

1 Conferir, nesse sentido, Alexy (2008).

Do conteúdo jurídico do valor dignidade

É sabido e ressabido, contudo, que a conceituação de dignidade – e a eventual delimitação de seu conteúdo estritamente jurídico – tem se revelado algo deveras problemático. Nesse sentido é que Robert Alexy (2008, p.355) afirma que diferentes pessoas expressariam o conceito de dignidade humana por meio de diferentes feixes de condições, conforme anteriormente mencionado, o que revela de modo indubitável a plurivocidade do conceito de dignidade da pessoa humana. Justamente por encerrar um valor, a dignidade humana deve ser tomada em um sentido muito menos técnico e mais normativo, “[...] pressupondo o juízo a seu respeito uma constelação de dados, inclusive éticos” (Fernandes, 2009, p.24).

O citado Sarlet (2006, p.39-51) esclarece que se trata de um conceito vago, impreciso e de natureza polissêmica, sendo caracterizado por uma peculiar porosidade e uma inerente ambiguidade. Demais disso, a dimensão histórico-cultural da dignidade influencia, de modo decisivo, na sua própria conceituação.

A despeito de se revelar um conceito-valor em permanente processo de construção histórico-social, existe um consenso mínimo acerca do conteúdo jurídico que deve ser dispensado à dignidade da pessoa humana: este epicentro axiológico da Constituição de 1988 postula que cada indivíduo deve ser tratado pelo Estado e pelo Direito sempre como fim, e nunca como meio, de acordo com a conhecida máxima kantiana.

A dignidade da pessoa humana pode ser então conceituada como aquela, segundo Sarlet (ibidem, p.60):

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres.

No sentido do exposto, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (1997, p.22-3) preleciona que o único critério não arbitrário para a tutela da dignidade humana é justamente o de pertencimento à espécie.

Como a dignidade afigura-se como o marco valorativo básico em que se inspirou a Carta de 1988, é ela que permite legitimar a eventual tutela penal dos novos interesses emergentes com o advento da sociedade tecnológica ou pós-industrial, como o direito à identidade genética e o direito à inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético humano e ambiental, que certamente tangenciam a questão do embrião humano *in vitro*.

Como mencionado alhures, no âmbito da Constituição brasileira a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, explicitações, concretizações e desdobramentos daquela mesma dignidade, e com base nesta é que aqueles deverão ser interpretados e eventualmente concretizados (Carvalho, 2007, p.549).

Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, nessa esteira, verdadeiras explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental haverá um conteúdo manifesto e uma projeção inequívoca da dignidade do homem (ibidem, p.550).

Buscando imprimir um caráter concreto ao valor analisado, Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (2008, p.113, destaque no original) assevera que essa dignidade é atingida, no plano material ou histórico da existência humana, quando presentes certas condições que concretamente satisfazem as necessidades vitais básicas do homem (necessidades materiais, culturais e espirituais): “[...] sem a satisfação dessas necessidades, o homem reduz-se a um animal biológico, deixa de ser *pessoa* e, com isso, mostra-se violado em sua igualdade essencial com relação aos outros homens”.

Nessa esteira, também Caio Jesus Granduque José (2009, p.126, destaque do autor) vai procurar correlacionar o valor dignidade humana às filosofias da existência, mas adverte para o fato de que, “[...] embora toda e qualquer pessoa em razão de sua *existência* tenha reconhecida sua dignidade, nem todos têm uma *existência* digna”. Para o autor, em um viés existencial, a dignidade humana deriva da própria condição em que se encontra a realidade humana, sinteticamente traduzida por Jean-Paul Sartre na fórmula segundo a qual, no homem, a existência precede e condiciona a própria essência (ibidem, p.124). Dito de outro modo (ibidem, p.122-3):

A dignidade humana decorre, portanto, do *absurdo* da própria condição humana, porquanto o homem *tem-de-ser* e não pode não *ser*. Qualquer pessoa, pela singela razão de que se encontra lançada no mundo e, tal como todas as outras pessoas condenadas a *ser*, fazendo-se, possui uma eminente dignidade.

Justamente em virtude da necessidade de sua concreção no plano existencial é que Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2002, p.298) preceitua que o grande desafio contemporâneo é “dar forma e conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana, diante da complexa interação entre homem e tecnologia”.

Mais precisamente no que se refere a sua relação com os direitos e garantias, a dignidade humana possui o condão de localizar os direitos fundamentais no plano da pessoa subjetivamente considerada (Brito, 2007, p.148-9). Nesse sentido, o valor dignidade e o direito à vida – este o mais fundamental dos direitos fundamentais – correlacionam-se consideravelmente, argumentando-se que a vida é o anteparo empírico-biológico sobre o qual se assenta o valor da dignidade da pessoa.

Impende também ter em conta uma concepção mais alargada da vida humana, de forma a abarcar nela a sobrevivência da própria espécie. Assim, a mencionada dignidade encontra-se funcionalmente vinculada à sobrevivência da espécie, sobre a qual lança seu conteúdo de valor, uma vez que, “[...] se abirmos caminho

à eventual destruição da humanidade, já não existirá base onde a dignidade possa assentar-se” (Martínez, 1998, p.21).

É preciso consignar, entretanto, que o mencionado direito à vida é, por suas características imanentes, um direito com pretensão de absoluto, pois que é o pressuposto fundante e propiciador dos demais direitos fundamentais e suporte fático das garantias que lhe são inerentes. Todavia, entretanto, tal direito sofre limitações pelo ordenamento jurídico. Se há restrições ao direito à vida em todo o Sistema Jurídico, também no campo do Direito Penal admitem-se verdadeiros direitos de intervenção no âmbito da tutela da vida humana, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade.²

Esclarecido o conteúdo do valor dignidade da pessoa humana, impende mencionar que, por sua relevância, ele vai, inclusive, qualificar o modelo de Estado de Direito eventualmente considerado, repercutindo na própria configuração do modelo de Direito Penal. Consoante Fernando Andrade Fernandes (2003, p.54), aponta-se para uma relação de interferência recíproca entre o modelo de Estado e o respectivo modelo de Direito Penal, que se manifesta de forma dinâmica, como demonstram as mudanças que um vai, por certo, determinar no outro.

No mesmo sentido, adverte Paulo de Souza Queiroz (2005, p.114-5) que o perfil de um dado Sistema Jurídico-Penal vai depender diretamente da conformação político-constitucional do Estado. Assim funcionando como o braço armado da Constituição Federal, os limites do Direito Penal são aqueles mesmos limites acaso conferidos ao Estado.

Como não se pode separar o Direito Penal da sociedade ao qual ele pertence, Günther Jakobs (2003a, p.7) tem afirmado que “[...] o Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente

2 “O próprio homicídio doloso permite a intervenção de verdadeiras causas de justificação como as da legítima defesa, do conflito de deveres, excepcionalmente do próprio estado de necessidade objectivo ou mesmo da adequação social; donde derivam, portanto, se quiser dizer-se assim, autênticos *direitos de intervenção* na tutela jurídico-penal da vida humana” (Dias, 2010, p.165).

expressivo”. Por isso, como se verifica uma relação de dependência recíproca entre sistema social e Sistema Jurídico-Penal, “[...] cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais [...]”.

Dessa forma, o modelo de Estado assumido por ocasião do pacto constitucional dimensiona de modo contundente a conformação estrutural do direito punitivo, justamente por ser o Direito Penal “[...] expressão de uma sociedade cultural e historicamente formada ao longo do tempo, que se reflete e consagra na concepção de Estado”. Demais disso, a Constituição, “[...] para além de uma ordenação sistemática e racional dotada de supremacia, é um modelo de arrumação jurídica que reflete um padrão axiológico da sociedade historicamente formado, representativo, sobretudo, do seu modo de ser comunitário” (Dias, 2006, p.114-5).

Assentado esse modelo valorativo jurídico-constitucional, o fim do Direito Penal, consoante Roxin (1998, p.27, apud Dias, 2006, p.121), “[...] somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos”.

Considerado como a institucionalização de uma determinada organização social, o modelo de Estado vem expressamente gravado na Constituição. No caso brasileiro, do conjunto normativo constitucional e do substrato axiológico que lhe dá sustentação, é possível inferir que o constituinte de 1988 optou por um modelo de Estado de Direito, Democrático e Social, Material (Fernandes, 2003, p.58-9).

Convém adentrar essas qualificadoras, explicitando-as. O caráter material deste Estado decorre da composição dialética entre seus aspectos legal (ou de direito) e social, enquanto o atributo democrático diz respeito à necessidade de o Estado assegurar, do modo mais amplo possível, o acesso a suas políticas públicas, inclusive às políticas criminais. Assim, o aspecto democrático funciona como dado uniformizador entre os aspectos social e de direito: da conjunção dialética desses três elementos é que se manifesta a feição essencialmente material do Estado, para além de uma configuração meramente formal.

Na linha do exposto é que, para Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.41), um quadro de Estado de Direito material vai requerer imprescindível conexão deste modelo com as considerações axiológicas materiais de justiça na promoção de todas as condições – econômicas, sociais e culturais – de livre desenvolvimento da personalidade do homem na vida comunitária.

Esclarecido isso, qualquer ordem jurídico-constitucional que se pretenda ancorada nesse modelo estatal deve estar efetivamente comprometida com a proteção da dignidade humana e com a promoção do livre desenvolvimento da personalidade do homem, em uma clara referência antropocêntrica.

Mencionada proteção da dignidade humana pela via do Direito Penal é mediada pela sua expressão nos concretos³ bens jurídicos objetos de tutela (Fernandes, 2003, p.64-5), muito embora aquele valor não encarte, em si mesmo, um legítimo bem jurídico-penal autonomamente considerado (Roxin, 2006, p.21-2).

Indaga-se, na esteira disso, qual a opção político-criminal que se afina com tal modelo de Estado,⁴ sabendo-se que dela é que serão porventura deduzidos os princípios político-criminais reitores que, em um momento posterior, estruturarão a Dogmática penal, repercutindo na própria construção jurisprudencial do direito aplicado (informação verbal).⁵ O núcleo de referida opção político-criminal de *status* constitucional é dado pela carência de tutela penal e pela dignidade penal, configurando-se, dessa feita, em um programa político de mínima e necessária intervenção do Direito Penal, que

3 Ainda que tais bens não tenham natureza material, mas sejam dotados de caráter, por assim dizer, espiritual.

4 Qualificado por Luiz Flávio Gomes (2011, p.35) como Estado constitucional e humano de direito, ou Estado dos direitos fundamentais.

5 Com apoio em Zipf, a Política Criminal é uma das políticas públicas que o Estado é chamado a cumprir no combate ao fenômeno do crime. É do modelo de Estado que se devem derivar os fins político-criminais que vão orientar o Sistema Jurídico-Penal. Compatível com o modelo brasileiro, encontra-se uma opção político-criminal de intervenção mínima. (Prof. Fernando Andrade Fernandes em aula proferida no curso de Mestrado da Unesp, disciplina *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, em 2 de junho de 2010).

deve ser a *ultima ratio* da política social na tarefa da indispensável proteção subsidiária de bens jurídico-penais essenciais à livre realização da personalidade (Dias, 1999, p.78-9; Roxin, 2006, p.17-9).

Daí decorre, segundo Fernando Andrade Fernandes (2003, p.73, destaque do autor), que:

[...] é dessa ordem de ideias, fundada em uma opção político-criminal que se expressa pela *necessidade da intervenção* e que se concretiza pelos critérios da carência da tutela penal e da dignidade penal que decorrem os princípios político-criminais relevantes: legalidade, lesividade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, culpabilidade, dentre outros [...].

Também para Fábio Freitas Dias (2006, p.128-9), o princípio político-criminal da intervenção mínima, a despeito de não vir expressamente consagrado no texto constitucional pátrio, “[...] impõe-se ao legislador, ao intérprete e ao aplicador da lei, pois trata-se de um instrumento informador da política criminal, imanente por compatibilidade e conexão lógica com os pressupostos do Estado Social e Democrático de Direito”. No seu entender, a intervenção mínima se desdobra em duas espécies de subprincípios, quais sejam, o da fragmentariedade – consoante o qual os recursos deste ramo do Direito devem se limitar à defesa de bens jurídicos fundamentais essenciais ao desenvolvimento individual ou coletivo na sociedade, e, por isso, dignos de pena – e o da subsidiariedade, de modo que só merecem repressão penal as condutas que configurem ataques intoleráveis e graves no meio comunitário, e, nessa via, carentes de tutela penal.

Em uma tal perspectiva, a política criminal – também ela imanente à concepção de Estado plasmada no texto constitucional, sendo, nesta perspectiva, uma disciplina intrassistemática – deve se mostrar trans-sistemática em relação ao Direito Penal, muito embora devendo funcionar como elemento integrador no interior do Sistema Jurídico-Penal. Nesse sentido, releva citar a insuperável

lição de Jorge de Figueiredo Dias (2005, p.70, destaque do autor), consoante quem:

A política criminal deve hoje ser reconhecida como transistemática relativamente ao direito penal e à sua ciência, sendo a ela que pertence, num certo sentido todavia essencial, competência para definir – por processos respeitadores do princípio da legalidade – os limites da punibilidade. Se, porém, a política criminal é, neste ponto, transistemática relativamente ao direito penal, já é intrasistemática relativamente à concepção do Estado, já é, por outras palavras, imanente ao sistema jurídico-constitucional. As proposições político-criminais hão de ser, por isso, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou “positivados” pela Constituição democrática do Estado.⁶

De todo o exposto, o único Direito Penal compatível com referido modelo de Estado e afinado com a mencionada opção político-criminal de intervenção mínima será aquele calcado na teoria do bem jurídico, muito embora ele não se esgote neste aspecto. De fato, sob a égide do Estado Democrático de Direito consagrado pelo pacto constitucional de 1988, de vocação declaradamente libertária, o Direito Penal deve ser a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação do homem (Queiroz, 2005, p.118), o que se faz por meio da necessária proteção subsidiária dos essenciais bens jurídico-penais.

Ao seu turno, os bens jurídicos podem ser definidos, com fundamento no escólio de Roxin (2006, p.18-9), como “[...]”

6 Consequência direta do caráter intrasistemático da Política Criminal em relação ao modelo constitucional de Estado, tem-se, ainda com escólio em Jorge de Figueiredo Dias (2005, v.2, p.72), o princípio político-criminal da referência constitucional ou princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal ou infraconstitucional dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Referido princípio decorre diretamente, ainda que quase nunca se mostre expresso nos textos constitucionais, da cláusula de estadualidade de direito social.

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garantam todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. Ou, dito de modo diferente, bem jurídico é uma noção que implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social, e da sua relevância para o desenvolvimento humano. Como conceito necessariamente valorado e relativo (ou relacional) que é o bem jurídico, cada sociedade e cada época vão eleger seus específicos objetos de tutela penal, o que revela sua face historicamente construída (Prado, 2009, p.93-6).

Isso porque, consoante José de Faria Costa (2000, p.18-9, apud Dias, 2006, p.133), bem jurídico-penal é aquele “[...] pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”.

Roxin (apud D’Ávila, 2006, p.73), em um escrito publicado em 2004, em homenagem aos 90 anos do professor Hans-Heinrich Jescheck, asseverou que “[...] a proteção de bens jurídicos não apenas designa a tarefa do direito penal, mas também controla a sistemática da teoria do ilícito”.

Considerada a dimensão relacional e histórica do bem jurídico, Bernd Schünemann (2005, p.16) adverte que, com a expansão do Estado liberal no sentido de um Estado social, tem-se como corolário um incremento no catálogo de bens, mas não se prescinde do marco – fundado no modelo do contrato social de raiz iluminista – do Direito Penal atrelado à proteção de bens jurídicos.

Admitida essa tendência expansiva do catálogo de bens, Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.44) assevera que deve ser reconhecida atualmente uma relevante distinção, na ordem dos bens jurídico-penais, entre aqueles que radicam imediatamente na proteção da pessoa individual ou individualmente considerada e aqueles que vão se fundar na proteção de valores supraindividuais e, portanto, sociais. Estes, diferentemente daqueles, tomam em conta a personalidade do homem-pessoa enquanto ser social e respeitam a uma dimensão comunitária da pessoa humana.

Dito de outro modo, considerada a dupla maneira de realização do homem na comunidade, toda atividade estatal, inclusive a punitiva, vai demandar uma diferente forma de atuação: pela via de sua realização pessoal, gera-se para o Estado a obrigação de proteger diretamente a esfera de atuação da própria pessoa individual e singularmente considerada; pela via de sua realização social, como membro da comunidade, impõe-se ao Estado a tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos de conformação comunitária (Dias, 2006, p.48).

Impende dizer que a moderna teoria da proteção de bens jurídicos, todavia, não vai se esgotar na pura e simples admissão de sua existência e relevância para o Direito Penal, sendo necessário ir além. Por isso se afirma atualmente que o estudo da ofensividade é uma insuprimível dimensão daquela teoria do bem jurídico-penal (D'Ávila, 2009a, p.66).⁷ Ou, de modo diferente, mas no mesmo sentido, é preciso considerar, ainda com apoio em D'Ávila (2006, p.74), que “[...] a ofensividade como fenômeno jurídico que pressupõe o bem jurídico, mas que possui, em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação”, sendo dotado de autonomia científica.

Assim, pode-se reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito, e dele admitir que decorrem tanto o princípio geral de garantia, representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária. Deste modo, “toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador” (idem, 2009a, p.70). Em verdade, pode-se dizer mesmo, com esteio também em D'Ávila (2006, p.83), que:

7 Em outra obra de sua autoria, Fábio Roberto D'Ávila (2006, p.72) assevera que “[...] a insistência em uma compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos, naturalmente revisitada, tenha, há tempo, deixado de ser lugar-comum e assuma hoje um espaço central na discussão sobre a legitimidade do direito penal contemporâneo”.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado princípio da ofensividade, é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.

Igualmente para Schönemann (2005, p.14-8), um legítimo conceito de crime não pode mais prescindir da “[...] ideia do dano social infligido sobre bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade”. Isso ocorre de tal modo que “[...] o conceito de dano ou (em perspectiva inversa) o de bem exprime também que não é um interesse qualquer, mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal.”

Por assim dizer, o desvalor de uma ação tem relevância jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor de resultado, ante o conjunto dos atos violadores de um bem jurídico-penal (D’Ávila, 2009a, p.77). A exigência de ofensividade torna-se então portadora de uma dupla função: no plano *de lege ferenda*, é um importante critério de orientação legislativa na tarefa de incriminação; no âmbito *de lege data*, vai atuar como demarcador da validade do ilícito, em uma hermenêutica que se pretende constitucionalmente orientada.

Quer-se dizer com isso que, em sua tarefa incriminadora, o legislador penal percorre dois distintos níveis de valoração: um primeiro nível positivo, pelo qual ele seleciona os bens e interesses dignos de tutela criminal; e um segundo nível de caráter negativo, quando ele delimita as formas de ataque realmente merecedoras dessa especial e gravosa forma de proteção.

Assim, a primeira dimensão da teoria do bem jurídico é sempre um momento axiológico de signo positivo pelo qual são reconhecidos os valores de comunhão comunitária que definem a matéria a ser objeto de possível incriminação. Em um segundo nível de valoração, determinados fatos humanos, ao negarem o valor situacional do bem jurídico, são percebidos e então apreendidos negativamente pelo ordenamento jurídico-penal (idem, 2009b, p.29).

No magistério de Schünemann (2005, p.23), a concretização da fórmula da *ultima ratio* do Direito Penal deve se dar por meio da construção de grupos de casos que partam do bem jurídico protegido, passem pelas formas de sua lesão em dado contexto histórico-social e desemboquem nos recursos para sua proteção, sempre nessa perspectiva analítica tridimensional.

Dessa forma, o bem jurídico penal deve ser concebido como “[...] algo *digno* de proteção, *necessitado* de proteção e com *capacidade* de proteção” (Prado, 2009, p.96, destaque do autor). Aqui não se questiona tanto a legitimidade dos bens jurídicos tutelados, e sim a amplitude da tutela oferecida e as técnicas utilizadas para a sua implementação.

Sistema Jurídico-Penal e genética humana

Com o advento da sociedade pós-industrial e com o incremento das técnicas voltadas à genética humana, Direito e Ética têm sido chamados a enfrentarem, juntos, os novos desafios colocados pelos avanços tecnológicos e pelas ciências biológicas. O encontro entre Direito e Ética se dá, em primeiro lugar, na Constituição, quando os valores morais se transformam em princípios de cunho jurídico. Daí esses valores irradiam-se para todo o Sistema Jurídico, condicionando a feitura, a interpretação e a aplicação de todo o direito infraconstitucional, sobretudo do Direito Penal (Barroso, 2005, p.107).

Corroborando tal assertiva, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.13) defende que, a despeito da polêmica no plano político-criminal, a intervenção do aparato penal no campo da genética é uma realidade inescapável, inclusive no Brasil, a exemplo da Lei Federal n. 11.105/2005, que revogou a Lei n. 8.974/1995, tipificando condutas referentes à genética humana e não humana. Por isso, Souza vislumbra o surgimento do chamado *Direito Penal Genético*, “[...] parte do direito penal que se ocupa da genética (humana e não humana) e visa ao estudo das implicações jurídico-penais

decorrentes da aplicação das genetechnologias sobre o ser humano, sobre os demais seres vivos e sobre o meio ambiente”.

Não é, entretanto, uma disciplina autônoma, senão um novo espaço de intervenção do denominado Direito Penal secundário.

Este novo ramo se justificaria porque, com as novas biotécnicas, abrem-se as portas para ofensas a novos bens jurídicos individuais e supraindividuais dignos de proteção penal, e surgem novas formas de ofensa a bens jurídico-penais tradicionais (ibidem, p.16).

Tais processos biotecnológicos, conforme alerta Minahim (2005, p.17), além de interferirem na vida humana, são igualmente hábeis para repercutir na própria humanidade enquanto espécie que se reproduz.

Ainda no que diz respeito às implicações jurídicas engendradas pelas modernas técnicas biológicas, Norberto Bobbio (1992, p.6) preconizou, em seu *A era dos direitos*, o surgimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais relacionada com a proteção do patrimônio genético e com a regulamentação do avanço tecnológico das chamadas biociências. Na linha do mencionado, ele assevera que, nas quadras atuais, “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Esses direitos de quarta dimensão, ou geração, relacionados por certo à genética, encontram-se intimamente relacionados à preservação da dignidade da pessoa humana, mas, para além disso, à salvaguarda da dignidade da própria humanidade, considerada como espécie em sua dimensão planetária.

Ao dissertar sobre o tema dos novos direitos, Antonio Carlos Wolkmer (2003, p.4) asseverou, com propriedade, que tais direitos “[...] materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente”. Consoante ele, direitos de quarta dimensão são os novos direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, e, portanto, dotados de natureza polêmica, complexa e interdisciplinar. Assim, “[...] trata dos

direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ('clonagem'), contracepção e outros" (ibidem, p.12).

Também para Caio Jesus Granduque José (2009, p.142, destaque do autor), a contingente realidade humana é que vai engendrar o permanente aparecimento (e aperfeiçoamento) de novos direitos humanos:

Como a *realidade humana* é livre, as circunstâncias históricas nas quais ela se insere são engendradas e renovadas permanentemente e, com elas, erguem-se novos obstáculos potencialmente impeditivos do exercício da liberdade nessas *situações*. Dessa forma, diante, por exemplo, da nova *situação* propiciada pelos avanços da biotecnologia e da engenharia genética, da descoberta do genoma humano e da possibilidade de discriminação de pessoas em razão de características fenotípicas – tais como através de cadastros de empregadores que interditarium para essas pessoas o acesso ao trabalho –, insurgem-se, de forma incipiente, os direitos da bioética, a fim de garantir o direito à intimidade e à inviolabilidade do genótipo humano e, consequentemente, à liberdade de acesso ao trabalho sem empecilhos calcados em discriminações genéticas.

Deve-se reconhecer ainda, com Lora Alarcón (2004, p.83), que as gerações ou dimensões de direitos fundamentais são tão somente modalidades novas de amparo ou tutela da vida humana, sendo a essência do Sistema Jurídico como um todo. Admitido o advento de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais relacionados aos avanços da engenharia genética, estamos diante de uma nova maneira de abordar a vida humana, o que requer do Direito – inclusive do Sistema Jurídico-Penal – a urgente (e eventual) obrigação de renovar suas modalidades de tutela desse bem jurídico.

Impende esclarecer, ademais, o modo pelo qual o Direito vai se relacionar com a Ética na atual configuração pós-industrial da sociedade.

Bioética, Biodireito e Direito Penal

Como dito, a técnica aplicada à genética humana tem suscitado relevantes implicações no âmbito do Direito, que vão alcançar, inclusive, o próprio Sistema Jurídico-Penal. Nessa zona de confluência entre Direito Penal e Genética Humana, incidem, de maneira interdisciplinar, tanto a Bioética quanto o novel ramo do Biodireito.

Justamente em virtude do descompasso entre o progresso da tecnociência e os interesses genuinamente humanos, surgiu a discussão em torno dos limites éticos das conquistas científicas nesse campo do saber, dela emergindo o que se convencionou chamar Bioética (Machado, 2008, p.13).

Com efeito, a Bioética tem sido apontada como a parte integrante da Filosofia que se ocupa dos questionamentos morais afetos ao progresso técnico das ciências biomédicas. Maria Helena Diniz (2001, p.1-9) preleciona que, ante o imperativo de ordem ética, o imperativo científico-tecnológico vai paulatinamente cedendo espaço às reflexões bioéticas, fazendo emergir a Bioética como uma ética prática para a atual civilização biotecnológica, de forma que se pode conceituar a Bioética como o estudo sistemático-científico das condições éticas para uma vida humana digna. Ou, dito de outro modo, a Bioética é a busca pela conformação do preceito ético – daí sua dimensão moral – aos campos relacionados com as biociências – aqui, por certo, sua inafastável dimensão prática.

Por seu caráter prático, a Bioética tem se revelado um instrumental interdisciplinar à base ética, voltado à pesquisa, no âmbito da saúde, dos meios necessários para o gerenciamento responsável da vida humana em geral (Wolkmer, 2003, p.13).

Muito embora ética e moral não se confundam, diz-se que a ética é gênero do qual a moral é espécie (Cunha, 2009, p.29). Ao seu turno, a ética seria dotada, assim, de um relevante papel direcionador das inovações tecnológicas, em especial daquelas ligadas à vida, visando à dignificação da pessoa humana. Desse modo, a dimensão ético-moral dos avanços da técnica consistiria no reconhecimento da

dignidade da pessoa como portadora de direitos individuais autônomos (ibidem, p.48-50).

Dentre os chamados princípios da Bioética, João Bosco da Nóbrega Cunha (ibidem, p.54) destaca, com supedâneo em José Juan Garcia, o princípio da defesa da vida humana, segundo o qual “[...] a vida é um valor tão fundamental que sua defesa impede a realização de qualquer experimento científico injustificado que a ponha em risco”.

Impende registrar que o termo bioética foi utilizado pela primeira vez em 1971, pelo biólogo e oncologista norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em sua obra multicitada *Bioética: a ponte para o futuro*. Em 1978, a *Encyclopedia of Bioethics* definiu a bioética como “[...] o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Em sua segunda edição, datada de 1995, a *Encyclopedia* passou a tratar a bioética, ainda provida de conteúdo valorativo-moral, como “[...] o estudo sistemático das dimensões morais da ciência da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar” (Diniz, 2001, p.10).

Saber de vasta abrangência, no campo plural da Bioética encontram-se inseridas todas as questões atinentes à manipulação genética, abortamento, eutanásia, eugenia, genoma humano, transplantes, recombinação gênica, clonagem, reprodução assistida e, inclusive, a destinação e o estatuto jurídico dos chamados embriões *in vitro*.

Em virtude da inter-relação entre Bioética e Direito, aponta-se para o surgimento de um novo ramo autônomo do conhecimento científico denominado Biodireito. Na realidade, o Biodireito nada mais é do que o olhar imprimido pela ciência jurídica sobre os avanços e conquistas no campo das ciências da vida (Machado, 2008, p.109).

Muito embora tenha sua origem atrelada à Bioética, o Biodireito não se confunde com ela: enquanto aquela é um estudo ético-filosófico de inelutável dimensão moral, este é a positivação das normas jurídicas dela advindas.

Com efeito, o Biodireito emerge como o reflexo jurídico da Bioética, impondo soluções jurídicas às novíssimas questões éticas levantadas pelo saber bioético da civilização técnica.⁸

A propósito, o Biodireito pode ser conceituado como o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a Bioética e a Biogenética, teria a vida por objeto principal, ressaltando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à Ética e ao Direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem precisos limites jurídicos, os destinos da humanidade (Diniz, 2001, p.8). Ou, no dizer de Barroso (2005, p.107), Biodireito é um subsistema jurídico voltado ao estudo e à disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva e as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Consoante Renata da Rocha (2008, p.130), o Biodireito é caracterizado como o ramo do Direito que se ocupa da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Por suas próprias características, o Biodireito concede tratamento jurídico não apenas ao homem enquanto ser individual, mas notadamente como espécie a ser preservada.

Desta feita, o Biodireito, como ramo do Direito, e a Bioética, enquanto setor da Ética e da Filosofia, não são termos sinônimos que se podem usar de modo indistinto, muito embora os discursos médico, ético e jurídico disponham de estreito e cada vez mais crescente entrelaçamento.

De modo definitivo, José Alfredo de Oliveira Baracho (2000b, p.84) preceitua que:

Bioética e Biodireito são expressões que têm emprego comum na sistematização dos conhecimentos e práticas, objeto do tratamento dado à matéria. A vinculação entre as dimensões do saber prático, que se efetiva pela moral, pelo Direito e pela política, tem

8 Ou tecnocrática, como preferem outros autores.

correspondência com a Bioética, expressa na própria Bioética, no Biodireito e na Biopolítica. A Bioética relaciona-se com o Biodireito, em decorrência das exigências morais indispensáveis ao desenvolvimento da vida humana, com qualidade, para que a sociedade possa garantir os mecanismos concretos de efetividade dos seus paradigmas e pressupostos. A Bioética da responsabilidade conduz, também, à formulação de direitos que atendam às exigências básicas para uma vida com qualidade.

Demais disso, conquanto Biodireito e Bioética não se confundam, é inolvidável que esta possui uma dimensão prática, para além de seu cariz teórico, voltada ao exercício das ciências biológicas e chamada à formulação de políticas públicas (Sá e Naves, 2009, p.24).

Assim colocados os principais pontos da questão, resta evidente que o ponto de entrelaçamento entre os discursos ético, jurídico e biomédico vai ser encontrado na reafirmação da dignidade humana enquanto valor que confere fundamento ao modelo de Estado de Direito brasileiro. Consequentemente, Bioética e Biodireito não deverão admitir quaisquer práticas que atentem contra a dignidade humana e contra o direito a uma vida digna. Quando Bioética e Biodireito se posicionam na defesa da vida humana dotada do atributo da dignidade, tais ciências encontram seu ponto de confluência com o Direito Penal, cuja função é, por decorrência da opção político-criminal liberal de intervenção mínima, a de proteção subsidiária de bens jurídico-penais essenciais ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento em coletividade, com destaque para a tutela penal da vida humana da presente e das futuras gerações.

O Direito Penal da era da Biogenética: o modelo sociológico da sociedade de riscos

O modelo sociológico contemporâneo, cunhado por Ulrich Beck de sociedade de risco,⁹ vai impor relevantes questionamentos aos estudiosos do Direito Penal. No contexto da sociedade pós-industrial, pugna-se por uma atuação mais preventiva do Direito Penal, o que acarretaria alterações nos campos da Dogmática Jurídica e da Política Criminal em consideração aos novos dados sobre o fenômeno do delito fornecidos pela Criminologia.

Nessa sociedade pós-moderna, o Direito Penal tem sido efetivamente demandado para atuar como um subsistema social eficiente na gestão dos riscos trazidos pelo progresso tecnológico, e, no que interessa mais de perto, biotecnológico.

De um lado, pugna-se pela existência de novas zonas de expansão do Direito Penal, que, inicialmente concebido para atuar como anteparo do homem diante das investidas do Estado despótico, afastar-se-ia, mais e mais, da célebre formulação de Franz Von Liszt segundo a qual o Código Penal é a magna carta do delinquente. Por outra banda, deve-se reiterar a plena vigência dos aspectos garantidores do Direito Penal de cariz liberal-burguesa.

No que respeita ao mencionado modelo sociológico da atualidade, cumpre esclarecer, por relevante, o conceito de risco que vai qualificar, adjetivando-a, a sociedade pós-industrial. O professor Jesús-María Silva Sánchez (2011, p.35-6, destaque do autor) fala na configuração do “[...] *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*”, em virtude do fato de que uma considerável parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos tomam no manejo dos avanços

9 Modelo social desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo da Universidade de Munich, em sua obra *La sociedad del riesgo (Risikogesellschaft)*, em 1986. Muito embora a temática do risco não seja nova nas ciências sociais, coube a Ulrich Beck sua projeção em direção ao centro da teoria social, marcando o advento de um novo paradigma social para os novos tempos da modernidade, ou pós-modernidade (Bottini, 2006, p.44-121).

técnicos, inclusive quando aplicados no âmbito da Biologia e da Genética.

Em notável lição acerca do papel do Direito Penal na sociedade de risco, Paulo Silva Fernandes (2001) chama a atenção para a existência de riscos invisíveis, incalculáveis, potencialmente ilimitados, insuscetíveis de seguro, que desconhecem fronteiras, credos e etnias, e perante os quais somos todos, concomitantemente, agentes e vítimas.

Nesse modelo de organização social da modernidade avançada, a principal fonte de produção de perigos imprevisíveis são os meios tecnocientíficos e, em último termo, a ciência em si mesma considerada (Souza, 2004, p.113). Por isso se afirma que a sociedade do risco seria, em essência, uma sociedade catastrófica.

Tais riscos, provocados necessariamente por decisões humanas com aptidão para colocar em perigo a própria sobrevivência da espécie, decorrem diretamente da busca por inovações tecnológicas. Isso ocorre de tal modo que, consoante o magistério de Pierpaolo Cruz Bottini (2006, p.46):

A assunção do risco como elemento nuclear da organização social lhe confere uma dinâmica peculiar, que permite inferir o novo papel do direito penal e dos demais discursos jurídicos que nela se produzem. A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central da organização social. O novo papel do risco e, conseqüentemente, do perigo, é o norte em relação ao qual se orientam os principais instrumentos da interação social, caracterizando os tempos atuais.

Consoante Bottini (*ibidem*, p.46-8), na sociedade pós-industrial o risco torna-se elemento nuclear da organização social. O risco passa a ser o entulho, o subproduto de uma nova racionalidade advinda com a crise do modelo industrial que antecedeu a sociedade atual. Risco e perigo, que se inter-relacionam, sempre estiveram presentes

na atividade humana, mas eram, antes, uma ameaça alienígena, acessória e periférica. Já o risco contemporâneo é dotado de uma dinâmica peculiar segundo a qual a criação de novas técnicas de produção não é acompanhada pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição de seus resultados, o que faz crescer a sensação generalizada de insegurança coletiva.

Na mesma linha de argumentação, Silva Sánchez (2011, p.37) esclarece que a sociedade pós-industrial, para além de ser uma sociedade de risco tecnológico, possui outras características individualizadoras que a tornam uma sociedade de objetiva insegurança, ou uma sociedade do medo:

Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social.

Com efeito, tem-se pugnado a tese de que a sociedade da insegurança é em si mesma um subproduto da sociedade de risco (Braga, 2005, p.162).

Nesse sentido, Christoph Lau (1989, p.418-36, apud Câmara, 2006, p.217) discrimina ao menos três ordens ou classes de riscos que coexistiriam, sem se excluírem, na atual conformação social: i) os riscos tradicionais; ii) os chamados riscos decorrentes da sociedade industrial do bem-estar; e iii) os novos riscos ínsitos à sociedade pós-industrial e configuradores do seu modo de organização comunitária e quiçá planetária.

Essa nova categoria de riscos – chamados por Pedro Braga (2005, p.163) de “riscos tecnocientíficos” – nasce com o aparecimento do *Homo oeconomicus*, surgido com o capitalismo e detentor dessa forma de poder que são a ciência e a tecnologia nesta quadra da vida.

No bojo dessa sociedade pós-industrial, o Direito como um todo – e o Direito Penal como um particular subsistema social – passa a atuar como instrumento de gestão de riscos, atividade esta

que pressupõe o conhecimento e a definição dos riscos permitidos e não permitidos, assim como a definição e a aplicação de medidas preventivas ou reparadoras de eventual dano (Bottini, 2006, p.49-51). Na esteira disso, Bottini (idem, p.82) afirma que:

O risco – que cumpre papel sociológico central na organização social atual e que estrutura o modelo de produção e de distribuição de riquezas – também será o cerne de toda a atuação do direito penal, direcionando a política criminal aplicável pelo gestor de riscos nesta área.

Assiste-se ao surgimento a que alude Câmara (2006, p.216, destaque do autor) de “[...] *novas realidades delitivas necessitadas de contenção*”, semelhantes a zonas socialmente nocivas, permeadas por modernos riscos civilizatórios, que vão reclamar a “*intromissão de um extravagante direito penal*” de contornos e dimensões um tanto quanto imprecisos ainda, especialmente quando se tem em conta que referidos riscos podem trazer consequências que se dirigem ao futuro, para além do aqui e agora.

Também Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2004, p.116) leciona que, desta feita, o núcleo da consciência do risco reside não no presente, senão no tempo futuro.

Com efeito, o Direito Penal clássico, centrado na relação de causalidade entre conduta e resultado, é alterado pela dinâmica social contemporânea do risco, de modo que a moderna sociedade suprimiu e substituiu as relações de causalidade por relações de risco (Salvador Netto, 2006, p.36).

Para dar cabo de mencionados macrorriscos sociais da sociedade pós-industrial, tem-se apontado para a expansão do direito penal secundário, ou “direito penal do risco”, ramo que teria em mira os novos riscos provocados pela criminalidade meio ambiental, genética e nuclear, bem como para uma criminalidade que se organiza para desenvolver tais condutas, e que se protraem sobre um amplo arco temporal apto a atingir as futuras gerações e a impulsionar um

fenômeno que tem sido apontado como macrovitimização ou vitimização indiscriminada (Câmara, 2006, p.227).

Nesse sentido, afirma-se que o chamado Direito Penal do risco tem por escopo aquelas questões que envolvem os modernos, globalizados e megarriscos da vida, que, “além dos seres humanos presentes, podem afetar as futuras gerações, como, por exemplo, os temas relativos à tecnologia genética, à tecnologia atômica e à tecnologia química, e que repercutem tanto no meio ambiente como na condição, saúde e vida humanas” (Souza, 2004, p.120).

Por causa de um referido modelo sociológico no qual se perpetuam e se multiplicam complexas e anônimas formas de interação, a noção de risco adentrou também na Dogmática penal, essencialmente na categoria da tipicidade, com a crescente criação de tipos penais abertos¹⁰ e repletos de elementos normativo-valorativos, aportando na dimensão da tipicidade a ideia da exigência de realização de um relevante risco não permitido para a legítima configuração do injusto.¹¹

Na lição de Salvador Netto (2006, p.18), é possível aferir que:

Os tipos penais abertos perfazem-se como um imperativo social, uma esperança de controle e manutenção das expectativas cognitivas destinadas à reprodução de uma forma de vida hoje consagrada.

10 Consoante Salvador Netto (2006, p.38), consideram-se tipos penais abertos as normas incriminadoras indicativas de comportamentos proibidos, tendo em vista a absorção de elementos exteriores, de modo que os arquétipos de tipos abertos consistiriam naqueles formatos onde se permitiria a interpretação, ou seja, a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por um nexo de causalidade. São modelos de tipos abertos, nessa ordem de ideias, os crimes culposos (violação de um dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão (valoração do conceito normativo de garante) e os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo, jurídicos ou culturais).

11 Justamente por isso, assevera Câmara (2006, p.225, destaque do autor) que “[...] uma *política criminal* orientada à prevenção dos novos macrorriscos sociais não prescinde do manejo de um instrumento dogmático destinado à *antecipação da lesão ao bem jurídico*”.

Repare-se que é possível afirmar então que a teoria do injusto penal, na moderna configuração social, vai se distanciando cada vez mais da ideia de afetação de um bem jurídico-penal – embora dela não possa prescindir um Direito Penal de nascedouro liberal – e se ligando à noção de criação de um risco para aquele bem, sendo este um dado objetivo de toda a teoria do delito.

Desta feita, tem-se afirmado em sede doutrinária que a categoria central do injusto penal não é senão a realização de um risco não permitido pelo agente, risco este idôneo a lesionar ou a colocar em perigo bens jurídicos penalmente tutelados (Roxin, 2006, p.39-41).

Abandonam-se, assim, categorias ontológicas valorativamente neutras, como causalidade e finalidade, para inserir na teoria do injusto um elemento por certo normativo, identificado como a realização de um risco relevante não permitido pela ordem jurídica. Por isso se afirma com correção que, “[...] na medida em que se concebe o injusto como um menoscabo do bem jurídico, mediante a realização de um risco não permitido, se produz, por sua vez, um giro do ôntico ao normativo” (ibidem, p.42).

Dito de outro modo, a moderna teoria do injusto revela sua dimensão necessariamente social mediante a restrição da proteção subsidiária de bens jurídicos pela categoria normativa¹² da evitação de riscos não tolerados ou aceitáveis comunitariamente (ou, simplesmente, proibidos).

Nesse sentido, Bottini (2006, p.92) aponta que a base objetiva do injusto penal, caracterizada como a realização de um risco *ex ante* não permitido, passa a ser o substrato mínimo e universal sobre o qual se assenta toda a teoria do delito na Modernidade.

Em semelhante sentido trilha o ensinamento de Salvador Netto (2006, p.95, destaque do autor), segundo quem:

A tipificação quando posicionada em face da sociedade de risco, com sua consequente e gradativa perda dos valores que lhe são

12 Normativa enquanto fundada em juízos de valor, isso é, valorativa, atitude própria das ciências humanas, como a jurídica.

atribuídos pelo direito penal clássico, volta-se exatamente para a noção do risco, sendo este o elemento fundamental para articular-se no bojo da teoria do delito e possibilitar algum modo de previsibilidade comportamental nos cidadãos. Os tipos descritivos, indiciários ou ontológicos não podem mais sequer ser pensados. A história da evolução típica atinge ao máximo a normatividade e a abertura. Conforme se pode afirmar, *o mundo torna-se grande demais para os limites rígidos da criminalização penal certa e fechada*.

Ocorre que, a despeito do atual momento sociológico, o risco permitido é insuprimível do contemporâneo contexto vital de interação humana. Com propriedade, pugna Günther Jakobs (2000, p.25) que “[...] o risco permitido está, e sempre esteve, presente em todos os âmbitos vitais; não é filho da técnica”.

Nesse sentido, permitido é aquele risco inerente¹³ à configuração social, posto que qualquer contato social implica a realização de um risco, ainda que todos os intervenientes atuem de boa-fé (ibidem, p.34-5).

No que aqui interessa, deve-se registrar que Jakobs (ibidem, p.38) preleciona que um risco só pode ser (juridicamente) tolerado na medida em que *ex ante* as suas vítimas sejam anônimas e, nessa qualidade, possam ser potencialmente beneficiadas pelas vantagens que a atividade praticada supostamente lhes proporciona.

Com efeito, tem-se afirmado que:

[...] a sociedade tolera genericamente, *ex ante facto*, e de modo abstrato, inúmeros comportamentos perigosos, que expõem a riscos bens jurídicos penalmente relevantes, pois condutas perigosas são, desde que dentro de certos limites socialmente determinados, imprescindíveis para a vida moderna. (Braga Júnior, 2010, p.32)

13 “Posto que a existência de uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*” (Jakobs, 2000, p.35, destaque do autor).

Para além da inserção do risco não permitido no epicentro da teoria do injusto, o atual modelo social tem reclamado político-criminalmente uma atuação mais preventiva do Sistema Criminal, falando-se mesmo na antecipação da barreira punitiva para alcançar, antes da lesão em si, aquela conduta que implica já a colocação em perigo de bens e interesses penalmente tutelados.

No plano dogmático, referida atuação preventivamente orientada do Sistema Penal vai ocasionar a multiplicação dos chamados delitos de perigo – em contraposição aos delitos de lesão ou de dano –, que se subdividem, na classificação doutrinária, em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.¹⁴

Em verdade, a introdução de novos objetos de proteção – com a consequente modificação da estrutura e do conteúdo material dos tipos penais – e a antecipação das fronteiras da proteção penal vêm provocando uma rápida transição do modelo de delito de lesão de bens individuais ao modelo de delito de perigo (abstrato ou concreto) para bens supraindividuais, passando pelas categorias intermediárias (Silva Sánchez, 2011, p.146).

Ante o fato de que é terminantemente impossível evitar todos os riscos sociais na atual tessitura sociológica, ao Direito Penal se impõe – e tal tarefa caberá à categoria da tipicidade – a “[...] ingrata tarefa de angariar o controle de perigos abstratos que carecem de limitação” (Salvador Netto, 2006, p.97). De tal maneira isso ocorre que:

O tipo penal, ao abandonar a ideia circunscrita da descrição, redundará na linguagem do sistema jurídico consistente na afirmação de quais são os *limites de suportabilidade* do risco na vivência das relações sociais de produção da riqueza. No centro do tipo penal reside a normatividade da fronteira delimitadora do *risco proibido* e

14 Há, para alguns, uma categoria intermédia, que seria a dos delitos de perigo abstrato-concreto. Nesse sentido, importante a leitura do artigo de Schünemann (2005, p.9-37). Para o autor, com o advento da sociedade pós-industrial, cria-se um grupo intermediário chamado de delito de perigo abstrato-concreto, delito de potencial lesivo ou delitos de ação perigosa, o que se dá em virtude do anonimato dos cursos causais na sociedade de massas (ibidem, p.29-30).

do *risco permitido* em certas circunstâncias. (ibidem, p.97, destaques no original)

Se com o advento histórico da Revolução Industrial, que provocou uma necessária interação entre o homem e a máquina na vida cotidiana, multiplicaram-se os crimes culposos, vocacionados a punir violações objetivas de cuidado, na atual quadra se assiste ao crescimento dos crimes de perigo. Assim, “[...] seguem os mesmos passos os tipos de perigo, novos pilares de expectativas de controle social aos bens jurídicos difusos, demarcadores da realidade penal da sociedade do risco” (ibidem, p.101).

Nesse marco sociológico, o próprio conteúdo do princípio político-criminal da ofensividade (ou lesividade, para outros) tem sofrido mutações, com inegável repercussão no nível da dogmática penal. Em sua atual forma, a ofensividade passa a compreender não só a lesão diretamente aferível, mas também o perigo de lesão a bens jurídico-penais. A lesão, na modalidade de dano, e o perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e proibidos pela norma penal, são, nesta medida, espécies do gênero ofensividade (D’Ávila, 2009a, p.107).

Conforme Salvador Netto (2006, p.103), assiste-se a uma reinterpretação da própria noção de lesividade: “Os crimes de perigo, entendidos como antecipadores da tutela penal, ao mesmo tempo em que antecipam a punição considerando a *lesividade individual*, punem a já existente *lesividade sistêmica da instância*”.¹⁵

15 “A alteração da dinâmica atual do tipo penal não consiste na faculdade que a este é conferida de garantir expectativas de comportamento, posto que tal função sempre foi exercida pelo sistema penal. O que se altera, de fato, são as novas estruturas sociais (*instâncias*) indispensáveis que o tipo penal de certa forma agora deve manter. O bem jurídico individual possui em seu próprio elemento fundamental, dito de outra forma, ao direito penal concebe a qualidade de proteger certas pessoas de determinada agressão comportamental (*lesividade*) perpetrada por outros cidadãos através de formas específicas. No caso dos atuais bens jurídicos difusos, sua característica diferenciadora é a orientação da tipicidade penal no sentido de proteger uma determinada instância social ou localidade social na qual as pessoas interagem com os mais diversos

Como já se observava desde o século XIX, o perigo possui dois elementos referenciais: a probabilidade de um acontecer e a danosidade de este mesmo acontecer. Ou seja, o perigo restaria configurado com a probabilidade de um acontecer danoso.

No entanto, vão interessar não as diferentes formas de perigo, mas o preciso limite da categoria de perigo e, por decorrência, do espaço de ofensividade no qual poderá se movimentar um Direito Penal contemporâneo que se pretende efetivamente legítimo e conforme ao nosso modelo de Estado de Direito (D'Ávila, 2009a, p.110-1).

Para tal propósito, deve-se ter como ponto de partida a intencionalidade normativa que os crimes de perigo abstrato¹⁶ representam, não se olvidando de que este, enquanto forma de perigo, é necessariamente uma noção relacional, uma probabilidade de dano ao bem jurídico, no preciso magistério de D'Ávila (ibidem, p.112). De fato, o limite objetivo da noção de perigo não pode ser outro senão a possibilidade de dano ao bem jurídico, verificada mediante um juízo *ex ante* por parte do legislador.¹⁷

tipos de comportamentos. Todavia, o próprio funcionamento destas instâncias não pode permitir qualquer maneira de atuação, mas sim atividades que respeitem, ao mínimo, determinados padrões. Apenas o respeito concomitante por parte de todos consegue obter desta instância coletiva ou difusa a sua esperada funcionalidade. Nesse sentido, a própria noção de lesividade é reinterpretada, uma vez que ao comportamento típico é prescindível sua lesividade individual. Em seu lugar, coloca-se uma nova constatação do que venha a ser lesividade; a lesividade à instância, à *boa operacionalização de um setor*" (Salvador Netto, 2006, p.102, destaques do autor).

16 Alguns autores brasileiros, por sua vez, consideram os crimes de perigo abstrato incompatíveis com a ordem constitucional vigente, com destaque para Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flávio Gomes. Para Gomes (2011, p.29-30), por exemplo, "[...] neste modelo de direito penal (que aqui está sendo sustentado) não existe espaço para o chamado perigo abstrato (visto que perigo abstrato não conta com nenhum resultado – e não existe crime sem resultado, consoante o disposto o art. 13 do CP, que é extensão do art. 5º, XXXIX, da CF)".

17 Há muito a doutrina penalista vem tentando resgatar os crimes de perigo abstrato da categoria de ilícitos meramente formais, apontando-se as seguintes e significativas elaborações: da proposta de releitura dos crimes de perigo como presunção relativa de perigo de Schröder, ao perigo abstrato como perigosidade

Em momento posterior, a resposta acerca do significado jurídico-penal dessa possibilidade somente poderá ser encontrada no âmbito da normatividade, em um critério negativo que se expressa na noção de não insignificância do perigo assim considerado. Do exposto, resulta que o critério-limite de verificação de uma situação de perigo abstrato¹⁸ vai ser um critério misto, objetivo-normativo, traduzido na ideia de possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico (ibidem, p.113).

Se se entenderem os crimes de perigo concreto como delitos de resultado de perigo e os crimes de perigo abstrato como crimes de mera conduta perigosa, pode-se afirmar que, para ambos, bastaria a turbção do bem jurídico – ou da instância ou sistema social – para sua concretização, independentemente de eventual resultado naturalístico. Ocorre que, na sociedade de risco, todas as atividades já trazem em si um inerente perigo, traduzido pelo discurso jurídico-penal como risco permitido ou tolerado, de modo que “[...] o tipo penal estará realizado apenas na existência de um risco que se torne proibido em face de sua própria *relevância* jurídico-penal” (Salvador Netto, 2006, p.109).

Nesse sentido é que se afirma, com o costumeiro acerto, que o risco integrante do pós-moderno discurso jurídico-penal não é um risco ontológico e neutro, senão um conceito necessariamente valorado e socialmente construído, dentro da categoria do tipo penal,¹⁹

(Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendoza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência desprovida de resultado (Schünemann e Roxin), ou, ademais, como risco de lesão ao bem jurídico (Martin e Wolter), para além do entendimento do crime de perigo abstrato como manifesta ofensa de cuidado-de-perigo capaz de interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação do bem jurídico (D’Ávila, 2006, p.95).

18 Essa noção imanente aos crimes de perigo abstrato será necessária por ocasião do estudo dos delitos de biossegurança relacionados ao patrimônio genético humano (Capítulo 3).

19 Nesse sentido, Salvador Netto (2006, p.129): “[...] a sociedade de risco trouxe ao tipo penal o problema específico do risco, o qual, de alguma forma, deve ser introduzido e manipulado no seio da norma através da imputação objetiva”,

por meio da (teoria da) imputação objetiva. Trata-se, desta feita, de um risco socialmente construído.²⁰

Na conformação estrutural da contemporânea sociedade de riscos, os conceitos de perigo permitido e proibido vão se projetar para alcançar todo o rol de atividades humanas, dentre elas a genética. Com efeito, Jesus (2000, p.40, destaque do autor) assevera que:

O risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É *ontológico* porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. É *axiológico*, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

Contra-pondo-se ao risco permitido, e corolário do deslocamento da ideia de risco para a teoria do delito, tem-se que a criação de um risco desaprovado é elemento normativo do tipo de qualquer delito: doloso ou culposo, comissivo ou omissivo (ibidem, p.73).

Rememore-se que a inserção da ideia do risco na teoria do delito surgiu, na década de 70 do século passado, com o advento da teoria da imputação objetiva, que aprimorou, suplantando-a na dogmática jurídico-penal, a teoria da causalidade entre conduta e resultado. Em vez de um mero nexos de causação (fundado em um “querer” de cariz descritivo-psicológico), exige-se ademais um nexos de imputação (calcado em um “responsabilizar”, evidentemente atributivo-normativo).

Conforme os estudiosos dessa teoria, especialmente Claus Roxin (2008, p.80), a ação típica consiste na realização de um risco não

de modo que todas as instâncias de significação social revelante vão assumir a posição de objetos tutelados pelo discurso jurídico-penal.

20 “[...] O ‘direito penal do risco’ tem o risco ontológico apenas como um referencial indireto, pois entre um e outro há a mediação da valoração política e cultural capaz de efetivar um conceito jurídico penal e as respectivas margens de tolerância” (Salvador Netto, 2006, p.131).

permitido dentro do alcance do tipo. Para a teoria da imputação objetiva,

[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3). (ibidem, p.104).

Desta feita, D'Ávila (2001, p.136) assevera que a teoria da imputação objetiva do resultado tem como fundamentos inarredáveis os seguintes elementos: i) criação ou incremento de um risco não permitido, ii) que se realiza no resultado típico, iii) dentro do alcance do fim de proteção da norma penal. O risco permitido, ao seu turno, vai se fundamentar na compreensão e no reconhecimento do perigo inerente a atividades inseridas no cotidiano contemporâneo. Nesse cenário social, “[...] a negligência, o risco e o dano passam a ser concebidos como dissidência necessária, um mal necessário, socialmente aceito dentro de certos limites e em dadas condições”.

Nesse passo, e consoante Damásio Evangelista de Jesus (2000, p.33), “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.

Em que pese o nome dado à teoria da imputação objetiva, imputar por meio dela o resultado de um delito como obra de um agente é, em rigor, restringir o alcance do tipo objetivo, sendo referida teoria muito mais uma teoria da não imputação do que propriamente da imputação (Braga Júnior, 2010, p.20).

O lugar da técnica na sociedade pós-industrial

O jurista Jacques Ellul, da Universidade de Bordeaux, tem asseverado, desde meados do século XX, que a técnica passou a ser o fator determinante de nossa sociedade. É a técnica que conduz o mundo contemporâneo, devendo ela ser definida como a busca do

melhor meio em todos os âmbitos da vida humana (Barrientos-Parra e Melo, 2008, p.206).

Se a assertiva é verdadeira, a técnica adentrou a própria ciência da vida, alterando irreversivelmente a maneira como a espécie humana se reproduz e se perpetua ao longo das gerações. Antes de analisar os avanços técnicos ligados à reprodução humana, convém analisar algumas características intrínsecas a essa técnica contemporânea. Com base em Ellul, são seis tais características, a saber: i) o automatismo; ii) o autocrescimento; iii) a unicidade; iv) o universalismo; v) a autonomia; e vi) a ambivalência.

Por automatismo entende-se que todas as soluções ou métodos da técnica se submetem a um imperativo de eficácia sempre maior, de modo que “a eficácia é o fator do qual depende tudo e o valor que o sistema privilegia em todas as esferas” (ibidem, p.198). Para além de transformar o Estado e a sociedade, o fenômeno técnico impõe até mesmo ao homem seu ideal de eficácia.

No que se refere ao autocrescimento, diz-se que a técnica se produz a si própria, acarretando o aparecimento de problemas de ordem técnica que só ela pode solucionar com recurso a aparatos também eles técnicos. Nessa ordem de ideias, a técnica evolui de modo puramente causal – a combinação de elementos precedentes fornece novos elementos técnicos –, em uma sequência de fenômenos que se mostra cega em relação ao futuro e se mantém alheia a qualquer interferência humana a ela externa.

Ademais, o fenômeno técnico é coordenado, não se distinguindo entre a técnica e o uso que se faz dela (unicidade). Consoante Barrientos-Parra e Melo (ibidem, p.199), *verbis*:

[...] o ser da técnica consiste no seu uso, que não é bom nem mau, justo ou injusto, simplesmente porque, sendo técnico, é o único uso possível, não podendo ser julgado em função de critérios religiosos, morais ou estéticos.

Quanto ao seu caráter universalista, a técnica impõe uma transformação da totalidade da vida, submetendo tudo e todos à

sua axiologia racional-instrumental e aos seus próprios padrões, métodos e exigências.

Por seu caráter autônomo, o fenômeno técnico desenvolve-se conforme suas próprias leis, condicionando e provocando mudanças de ordem social – inclusive jurídica –, política e econômica. Como instância acima do bem e do mal, a técnica erige-se a tribunal onde ela mesma é o único juiz moral de suas ações. Por causa disso, “[...] tudo o que a técnica faz ou pode fazer é permitido, lícito e justificado” (ibidem, p.200).

Como a técnica é algo ambivalente, ela libera e aliena, sendo seus efeitos nefastos inseparáveis daqueles certamente positivos. Assim, se a civilização técnica aniquila nossa liberdade, ela nos liberta para sermos escravos do mesmo fenômeno técnico.

Tal a importância da técnica aplicada à ciência, que Francis Fukuyama, que em 1989 havia previsto o fim da história perante o fracasso dos modelos alternativos ante a democracia de cariz liberal, foi forçado a rever sua tese para afirmar que não havíamos atingido o fim da história porque ainda não tínhamos alcançado o fim da ciência.

De fato, em sua obra *Nosso futuro pós-humano*, Fukuyama (2003, p.21) reconhece que não podia haver um fim da história a menos que houvesse já um fim da ciência, representando, entretanto, a ciência e a tecnologia, das quais brota o mundo moderno, as vulnerabilidades chave da nossa civilização. Advertiu, nesse sentido, que a chamada biotecnologia, em oposição a muitos outros avanços científicos, misturaria imperceptivelmente seus óbvios benefícios com danos muitas vezes sutis, tudo isso em um pacote inconsútil.

É notadamente essa ambivalência técnica que se mostra manifesta nas questões atinentes à reprodução assistida: se, por um lado, as técnicas de reprodução humana permitem o legítimo exercício de um projeto parental, constitucionalmente assegurado, por outra banda, elas desvelam as bases genéticas da vida, expondo a inequívocas situações sociais de risco a matriz gênica da espécie, como é o caso do embrião humano extrauterino.

A técnica aplicada à reprodução da vida humana

Reprodução humana assistida, fertilização *in vitro* e embriões excedentários: “filhos” da técnica?

A reprodução assistida, conjunto de técnicas destinadas a superar a esterilidade e a infertilidade humanas, é certamente um importante fruto da evolução da engenharia genética verificada desde o século passado.²¹ O grande marco nesse campo foi a descoberta da estrutura helicoidal do ADN.²² Tal descoberta foi feita pelos cientistas James Watson e Francis Crick, de Cambridge, na segunda metade do último século, e permitiu à comunidade científica desvendar a forma de transmissão das informações hereditárias para as gerações futuras.

Nesse campo, a engenharia genética pode ser entendida como o conjunto de técnicas para a leitura e a manipulação do código genético. Para Ferraresi (2007, p.144), “[...] engenharia genética é o conjunto de técnicas que permitem alterar caracteres hereditários. É a manipulação de genes, que são os responsáveis pelas informações hereditárias dos seres vivos”.

Já para Stella Maris Martínez (1998, p.78) – uma das pioneiras no estudo do Biodireito e das repercussões penais das manipulações genéticas –, engenharia genética seria aquele conjunto das técnicas capazes de alterar ou modificar os caracteres hereditários de uma considerada espécie, “[...] procurando eliminar malformações ou enfermidades de origem genética, ou mesmo efetuar alterações ou transformações, com finalidade experimental, mudando mesmo as características até então inexistentes na espécie”.

21 Em verdade, a utilização de tais técnicas de reprodução assistida transcende os limites da simples superação de referidos problemas para resvalar na instrumentalização do direito ao filho, posto que o projeto parental encontraria sua mais legítima vocação no momento em que surgem os filhos (Ribeiro, 2002, p.297).

22 Sigla para ácido desoxirribonucleico, que vai conter as informações hereditárias da espécie transmissíveis à descendência.

Nesse sentido, impende citar Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (2008, p.122, destaque da autora), consoante quem, *verbis*:

O termo *engenharia genética* vem sendo usado, metaforicamente, para designar o conjunto das técnicas e procedimentos de manipulação do genoma de seres vivos, tanto animais quanto vegetais. A engenharia genética compreende, portanto, todas as interferências artificiais (provocadas pelo homem) no código genético das diversas formas de vida existentes no planeta, seja pela manipulação direta de genes e cromossomos – alterando-se a carga genética, pela supressão e/ou introdução de genes, ou pela recombinação do material cromossômico – seja pela manipulação das células responsáveis pela perpetuação das características genotípicas de cada espécie (células germinativas).

Aponta-se para o fato de que, com o surgimento e o aprimoramento das mencionadas técnicas de reprodução assistida, inaugurou-se uma significativa dissociação entre sexualidade e reprodução da espécie humana. Referido divórcio entre sexo e concepção tem repercutido sobremaneira no âmbito do Direito. Com efeito, Paulo Otero (1999, p.19) preleciona que “[...] o progresso científico e técnico no campo da procriação humana corre o risco de traduzir a revolução mais profunda que o direito até hoje sofreu”.

Feita referida ressalva, dá-se o nome de reprodução assistida ao conjunto de técnicas laboratoriais que visam obter uma gestação por meio da substituição ou facilitação de uma etapa deficiente no processo reprodutivo do ser humano.

Para Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2002, p.286), a expressão “reprodução assistida” designaria o conjunto das técnicas que visam favorecer a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando combater a infertilidade e propiciar o nascimento de uma nova vida.

Na esteira disso, fecundação, por sua vez, é o processo biológico constituído por uma sequência de eventos que começa com a união dos gametas e a mistura de seus cromossomos, formando uma nova

célula denominada zigoto, que se desenvolverá até atingir o estágio de embrião (ibidem, p.286).

Várias são as técnicas de reprodução humana assistida disponibilizadas pela ciência na atualidade. Analisar-se-ão, ainda que resumidamente, as principais delas. A primeira técnica surgida foi a inseminação artificial (IA). Nela, a fecundação do óvulo ocorre no interior do corpo da mulher, muito embora o material germinativo masculino – o espermatozoide – seja colocado artificialmente no útero materno. A IA, e também as demais técnicas de reprodução, pode ser classificada como homóloga ou heteróloga, conforme os espermatozoides empregados para a concepção pertençam ao marido ou companheiro da mulher ou, de outra feita, sejam provenientes de um doador.

Como a fecundação ocorre no interior do corpo feminino, ainda que com auxílio ou interferência da técnica, na IA não ocorrem sobras de embriões humanos eventualmente não utilizados no procedimento reprodutivo.

Também na técnica conhecida por Gift (sigla em inglês para *Gamete Intrafallopian Transfer*, procedimento de reprodução humana assistida com transferência de gametas), a fecundação do óvulo vai ocorrer nas trompas de Falópio, no interior do corpo da mulher que almeja engravidar. Concisamente, a transferência intratubária de gametas consiste na captação artificial dos óvulos e dos espermatozoides. Ambos os gametas são colocados, então, em uma cânula especial e, depois de devidamente preparados, introduzidos nas trompas falopianas, onde se dará naturalmente a fecundação. Ocorrendo tal fertilização, o embrião porventura formado desce das trompas em direção ao colo do útero, de modo que a concepção se produzirá, integralmente, no interior do corpo feminino.

Por suas próprias características acima expostas, a Gift oferece ao embrião condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidadação, sendo considerado relativamente reduzido o risco de ocorrência de gravidez extrauterina. Também, neste caso, por não haver excedentes, não se congelam em laboratório embriões humanos.

Sem dúvida, uma das mais polêmicas técnicas é a reprodução assistida mediante a fertilização *in vitro* (FIV ou Fivete) do óvulo. Conhecida popularmente como “bebê de proveta”, foi realizada primeiramente com sucesso em 1978 pelos cientistas Steptoe e Edwards, no Oldham General Hospital, em Manchester, ocasião em que nasceu a menina Louise Brown. Justamente por acarretar a sobra de embriões não utilizados no respectivo procedimento reprodutivo, esta técnica será analisada mais detidamente.

Indicada a FIV ao casal ou pessoa capaz que deseja conceber, o primeiro procedimento consiste na estimulação hormonal da mulher visando à produção do maior número possível de óvulos. Desta feita, constatando-se que os níveis do hormônio estrogênio estão adequados e que os folículos ovarianos alcançaram um bom tamanho, a ovulação é desencadeada por meio de injeção de hormônio responsável pela maturação final dos óvulos da mulher. Passadas 36 horas, realiza-se a punção dos óvulos, sendo também coletado o sêmen do parceiro. Os gametas masculino e feminino obtidos são analisados e colocados em contato em uma solução química apropriada. Quarenta e oito horas depois disso, ocorrendo a fertilização dos gametas, os embriões gerados serão introduzidos no útero da mulher com o auxílio de um cateter. A gravidez será atestada quatorze dias após a punção e a posterior colocação dos embriões em ambiente uterino.

Nessa técnica, quanto maior o número de embriões implantados no útero, maior a chance de a gravidez vir a ocorrer a contento. Por outro lado, a implantação de mais de três ou quatro embriões poderá acarretar a ocorrência de gestações múltiplas, sabidamente mais perigosas para a gestante e os fetos. Por tais fatos, e também por razões de ordem técnica e física, corriqueiramente sobram embriões humanos na FIV, que são então crioconservados em uma solução de nitrogênio líquido.

É justamente a existência de embriões excedentes que vincula a técnica da FIV com os procedimentos de engenharia genética, posto que possibilitados o acesso e a obtenção de “[...] substância embrionária para experimentação” (Martínez, 1998, p.38).

Assim, primordial para o sucesso da FIV foi o desenvolvimento da técnica de criopreservação²³ ou criopreservação de material genético humano – primeiro de espermatozoides, depois de embriões e, mais recentemente, de óvulos. Insta destacar que a primeira gestação obtida com o emprego de um embrião congelado ocorreu em 1983, na Austrália, por uma equipe dirigida pelo cirurgião Wood.

Conforme Roberto Wider (2007, p.9), quatro são as condições essenciais das quais dependem diretamente o sucesso da técnica da fecundação artificial ou *in vitro*: i) o metabolismo do óvulo deve estar em perfeitas condições de funcionamento; ii) o espermatozoide deve ser capaz de penetrar o óvulo e a ele se incorporar; iii) o núcleo e os cromossomos do óvulo devem estar unidos; e iv) também devem estar unidos o núcleo e os cromossomos do espermatozoide que o penetrou.

Ao seu turno, a reprodução humana assistida com zigotos conhecida pela sigla Zift (*Zygote Intra Fallopian Transfer*) seria uma variante da FIV. Nesta técnica, os espermatozoides são colocados em contato com os óvulos fora do corpo feminino, formando-se então o zigoto, com a fusão das duas células sexuais. Com apenas uma célula, o zigoto não poderia vir a ser, tecnicamente, chamado de embrião. Os óvulos assim fertilizados são colocados, no prazo de 24 horas, nas trompas de Falópio, dentro do corpo feminino, reduzindo-se o risco de gestação múltipla.

Se a inseminação for feita em prazo inferior (até dezoito horas contadas da fecundação, quando se verifica a presença de pró-núcleos), restaria então caracterizada a técnica conhecida por Prost ou transferência em estágios de pró-núcleos (*pro-nuclear stage transfer*, no inglês).

Costuma-se listar ainda, entre as técnicas reprodutivas, a reprodução humana mediante gestação substituta. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2010, p.49) aduz que a gestação por

23 Termo originado de criogenia, que é a ciência da produção ou manutenção de temperaturas muito baixas em sistemas, e do estudo das propriedades físico-químicas desses sistemas naquelas temperaturas (Ferreira, 1986, p.499).

substituição não é propriamente uma técnica biológica de reprodução humana assistida, senão a “[...] utilização de mulheres férteis, que se dispõem a carregar o embrião durante o período de gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos centros de reprodução de suportar o período gestacional”.

A gestação por substituição – popularmente chamada “barriga de aluguel” – é indicada nos casos de ausência de útero, infertilidade vinculada à patologia uterina e contraindicação médica, a uma gravidez, decorrente de outras causas patológicas, como insuficiência renal grave.

No Brasil, muito embora não haja lei dispendo sobre tal prática, o Conselho Federal de Medicina tem permitido a gestação substituta desde que seja feita a título gratuito e a mãe de substituição – aquela mulher que vai portar o embrião do casal solicitante – seja parente, em até segundo grau, da chamada mãe gestacional ou biológica. Excepcionalmente, entretanto, admite-se que a gestante não tenha relação de parentesco com a doadora do óvulo, mediante prévia análise do caso pelos conselhos regionais de Medicina.

Disciplinando a questão em sede deontológica, foi recentemente editada a Resolução CFM n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010, que define normas éticas para a aplicação das técnicas de reprodução humana assistida e substituiu a antecessora, a Resolução CFM n. 1.358/1992. De acordo com mencionada resolução, a infertilidade humana é um problema de saúde, sendo legítimo o anseio de superá-la com o recurso a tais técnicas.

Aponte-se, ademais, que já estão sendo testadas novas técnicas de reprodução humana assistida, dentre elas a troca de citoplasma, a criação artificial de óvulos, o congelamento de óvulos, o congelamento de tecidos ovarianos, o transplante de núcleos e, ainda, a clonagem humana, nas suas modalidades terapêutica e reprodutiva (Fernandes, 2005, p.49-50).

Pelas implicações éticas e morais que envolve, a mais polêmica dessas novas técnicas é, certamente, a da clonagem reprodutiva, uma forma artificial de reprodução assexuada que tem por base um único código genético. A técnica de clonagem mais conhecida é a do

transplante nuclear, na qual o ser porventura originado será a cópia genética de um de seus genitores – daí o nome “clone”.

No Brasil, a Lei Federal n. 11.105/2005 veda expressamente a clonagem humana, tanto para fins reprodutivos (processo em que se visa à geração de um indivíduo completo a partir de uma única célula) quanto para fins terapêuticos (quando o que se pretende é a obtenção de células-tronco embrionárias, sem que para tal ocorra a geração de um novo ser humano), *ex vi* do que dispõe o artigo 6º, inciso VI, da referida legislação.

Células-tronco, células-tronco embrionárias e terapia celular

No contexto discursivo da nova genética humana, justamente com recurso às técnicas de manipulação decorrentes da engenharia genética, é que surge a promessa da terapia gênica, entendida como aquela que se refere à cura ou à prevenção de enfermidades, anomalias ou defeitos graves ligados a causas genéticas (Souza, 2001, p.40-3). Dá-se o nome de terapia celular ao conjunto de métodos e abordagens tecnológicas que utilizam células para o tratamento de doenças (Alves, 2010, p.44).

Com apoio no escólio de Souza (2007, p.25-7), saliente-se que a terapia gênica pode ser realizada tanto na linha somática do paciente quanto na linhagem germinal humana. A primeira forma atém-se à manipulação específica das células somáticas ou corporais de um sujeito, funcionando como uma terapia médica curativa, sem a potencialidade de afetar o patrimônio genético hereditário daquele doente.

De outro lado, a terapia gênica germinal é aquela modalidade terapêutica que vai atuar nas células reprodutivas ou sexuais – quais sejam, espermatozoide, óvulo ou embriões –, afetando não somente o objeto ou o sujeito direto da experimentação, mas com o condão de alcançar toda sua eventual descendência, visando à cura de patologia futura pela introdução de genes em células totipotentes que ainda não atingiram uma fase de desenvolvimento celular diferenciado.

Justamente em virtude dos problemas éticos e jurídicos que tal técnica poderia engendrar, a engenharia genética praticada em célula

germinal humana, zigoto humano ou embrião humano é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do artigo 25 da nova Lei de Biossegurança, que a alçou à categoria de delito (vide Capítulo 3).

De fundamental importância para a terapia gênica é o uso das chamadas células-tronco, que podem ser subdivididas em adultas ou embrionárias. De fato, as células-tronco são (Marques, 2006, p.9):

[...] as grandes precursoras que construirão as pontes entre o ovo fertilizado, que é a nossa origem, e a arquitetura complexa na qual nos tornamos. Dito de outra forma, as cerca de 75 trilhões de células que constroem um corpo humano derivam das células-tronco e também, à medida que crescemos e envelhecemos, são elas que repõem os tecidos danificados ou enfermos. Graças a essa habilidade, atuam como um verdadeiro sistema reparador do corpo, fazendo a substituição das células ao longo de toda a vida de um organismo.

Tipos celulares que ainda não atingiram certo estágio de amadurecimento, as células-tronco se apresentam como um grupo de células não especializadas, indiferenciadas e que, justamente por estas características, possuem a capacidade de se autorrenovar e de se diferenciar, quase indefinidamente, em outros grupos celulares.

Tais células indiferenciadas possuem duas relevantes propriedades para a medicina regenerativa: i) a capacidade de autorreplicação, o que significa que elas podem gerar cópias idênticas de si mesmas, e ii) a capacidade de diferenciação, ou seja, a de amadurecerem de um estado sem forma nem função específica para um estágio maduro, com forma e função bem definidas biologicamente.

As células-tronco também podem ser classificadas quanto a sua origem e capacidade ou potencialidade de diferenciação. Quanto à origem, há células-tronco adultas e células-tronco embrionárias. Assim, células-tronco adultas são aquelas células indiferenciadas obtidas em meio a células diferenciadas, em áreas específicas de órgãos ou tecidos humanos, como o cérebro, a medula óssea, o sangue, o fígado, a pele e os músculos de um organismo adulto,

assim entendido aquele organismo após seu completo nascimento com vida.

Com efeito, tais grupos de células adultas se mantêm em estado de latência, tendo como principal função a manutenção e o reparo de onde estão localizadas em um organismo adulto, recompondo naturalmente os tecidos estruturados do corpo.

Apesar de uma grande variedade de tecidos e órgãos possuir células-tronco adultas, estas são capazes de se diferenciar em um número limitado de tipos celulares, em virtude de seu considerável nível de especialização.

De acordo com Renata da Rocha (2008, p.43), é no embrião humano que são encontradas, com relevante abundância, as células-tronco embrionárias dotadas de potencial para se converterem em outros tipos celulares e serem utilizadas na reparação de tecidos humanos específicos, ou até mesmo na produção de órgãos.

Em oposição às adultas, as denominadas células-tronco embrionárias, retiradas de embriões humanos, são pluripotentes, sendo pretensamente hábeis a originar qualquer um dos 216 tipos de células de um ser humano adulto. Desta feita, células-tronco embrionárias são aquelas presentes no embrião humano nos primeiros estágios de seu desenvolvimento biológico, podendo, ademais, serem totipotentes (capazes de originar um ser humano completo) ou pluripotentes (hábeis a se transformar em qualquer um dos tipos celulares que compõem a espécie humana).

Para que estejam em estado de pluripotência, as células-tronco embrionárias devem ser retiradas do embrião ainda na fase de blastocisto, quando aquele possui apenas cerca de cem células (os blastômeros), o que acontece por volta do quinto dia de desenvolvimento *in vitro*.

Assim cultivadas em laboratório, “[...] as células pluripotentes se caracterizam por poderem se proliferar indefinidamente sem se diferenciar e, também, por poderem se diferenciar quando modificadas as condições de cultivo” (Alho, 2005, p.39).

Justamente em razão dessa pluripotencialidade é que tais células-tronco de origem embrionária são usadas na criação de linhagens de

células-tronco que serão posteriormente empregadas em pesquisas gênicas terapêuticas.

As células-tronco embrionárias podem ser obtidas, no atual estágio da técnica, dos embriões excedentários de procedimentos de FIV, ou mediante a clonagem terapêutica, já mencionada alhures. No Brasil, por força da Lei Federal n. 11.105/2005, só é permitido o uso de células-tronco embrionárias de embriões excedentes, congelados dentro de certo marco temporal, ou considerados inviáveis para reprodução, nos limites traçados pelo artigo 5º e seus parágrafos da citada legislação de biossegurança.

Buscando relacionar o valor dignidade da pessoa humana com a promessa técnica das terapias gênicas a partir das células-tronco embrionárias, o constitucionalista José Afonso da Silva (2008, p.A-3) fez derivar daquele valor outros subprincípios: *a) princípio da necessidade*, segundo o qual há de serem medidas a importância e a necessidade de referidas pesquisas para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vida humana; *b) princípio da integridade do patrimônio genético*, segundo o qual é vedada a manipulação do patrimônio genético humano com a finalidade de melhorar determinadas características fenotípicas da espécie; *c) princípio da avaliação prévia*, de acordo com o qual devem ser previamente analisados os potenciais e os benefícios a serem colhidos da pesquisa; e *d) princípio do conhecimento informado*, que exige a manifestação de vontade livre e espontânea das pessoas envolvidas no experimento em apreço.

Os embriões excedentários: uma realidade inexorável

Analisadas as hipóteses de reprodução humana assistida, impende esclarecer o aparecimento de uma nova realidade ontológica oriunda das técnicas de fertilização artificial: a categoria dos chamados embriões excedentários. Consoante o magistério de Bruno César Canola (2009, p.26), a eventual definição da natureza jurídica do embrião *in vitro* é matéria afeta – também, mas não somente – ao campo da Bioética.

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo *embrião excedentário* foi usado pela primeira vez pelo legislador do Código Civil de 2002, no inciso IV do artigo 1.597,²⁴ no capítulo que dispõe sobre a filiação. Para além de excedentários, outros termos vêm sendo empregados pela doutrina para designar igual categoria de embriões humanos, quais sejam, excedentes, sobrantes, sobressalentes, supranumerários, sobejantes, *ex utero*, *in vitro* ou pré-implantatários.

Qualquer que seja a denominação adotada, embrião humano *in vitro* é o embrião não implantado em útero materno formado artificialmente pela fusão dos gametas humanos mediante o emprego das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Na linha do exposto, Canola (*ibidem*, p.55) defende que os embriões excedentários seriam:

[...] aqueles não utilizados ao fim da técnica de reprodução assistida da fertilização *in vitro* (FIV), seguida da transferência de embriões, seja porque foram considerados inviáveis para a transferência, seja porque já se atingiu com a técnica o resultado pretendido pelos genitores.

A existência desses embriões isolados do corpo materno não pode ser ignorada pela sociedade, nem pelo Ordenamento Jurídico, requerendo sua regulamentação pelo Direito. Corroborando tal assertiva, reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* divulgada em 10 de setembro de 2008 revelava que, naquela época, o Brasil tinha 26.887 embriões humanos produzidos por FIV, conforme dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Ainda segundo a reportagem, até 10 de agosto de 2008, o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) já havia contabilizado a doação de 643 embriões humanos para pesquisas científicas. A Anvisa afirmou pretender divulgar, anualmente, o que chamou

24 “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...] IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.”

de censo do material disponível para estudos com células-tronco embrionárias humanas.

O SisEmbrio foi criado pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 29, de 12 de maio de 2008 –, sendo a questão disciplinada, a partir de 27 de maio de 2011, pela RDC n. 23 da Anvisa –, e permite conhecer quantos embriões humanos foram produzidos por FIV e não utilizados no respectivo procedimento. O banco de dados da Anvisa intenta, também, propiciar o conhecimento do número de embriões que poderão ser usados para fins de pesquisa e terapia, além de aprimorar o controle sobre as atividades das clínicas de reprodução humana assistida existentes no Brasil.

Conforme dados do primeiro censo de embriões divulgado pela Anvisa, dos 47.570 embriões congelados no Brasil, 25.693 deles foram criopreservados até a data de 24 de março de 2005, estando, portanto, disponíveis para as pesquisas terapêuticas. Desse montante, 573 foram doados para estudos científicos. Do universo dos embriões considerados inviáveis, 70 haviam sido doados – somando, então, os 643 embriões efetivamente doados, em conformidade com as regras dadas pela Lei de Biossegurança.

O segundo relatório do SisEmbrio, com dados relativos a 2008, mostrou que foram congelados 5.539 embriões pelos bancos naquele ano, sendo 449 inviáveis e 5.090 não inviáveis congelados após 24 de março de 2005.²⁵ Em 2008, foram doados para pesquisa 358 embriões humanos que haviam sido congelados até a data limite da Lei de Biossegurança (24 de março de 2005). Outros 24 embriões inviáveis foram doados a fresco (antes de serem submetidos a congelamento) para pesquisas após a data supramencionada.

A Anvisa considerou, em seu segundo censo, que um número expressivo de Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) ainda não havia se cadastrado no SisEmbrio, nem informado seus dados referentes a 2008. Tanto que, para o ano seguinte, a Agência planejava desenvolver uma série de ações visando aumentar a adesão

25 E, na esteira desse marco temporal, indisponíveis para emprego em pesquisas científicas, em conformidade com o art. 5º da LBS.

das clínicas de reprodução humana assistida ao Sistema, de modo a garantir o efetivo cumprimento da legislação acerca do assunto, tudo a sugerir que, em um primeiro momento, a tutela eventualmente conferida pelo sistema jurídico ao embrião humano excedentário das técnicas de reprodução assistida não se revelou, de fato, adequada e suficiente para o enfrentamento prático da questão.

Até 31 de janeiro de 2010, o SisEmbrio havia recebido dados de 31 bancos de células e tecidos germinativos, o que apontava para o congelamento de 8.058 embriões só no ano de 2009 nas clínicas de reprodução assistida brasileiras. Dos embriões congelados no ano de 2009, 490 foram efetivamente doados para pesquisas científicas.

Já o quarto relatório do SisEmbrio – com dados fornecidos até 4 de março de 2011 por 72 bancos – apontou para o congelamento de 21.254 embriões no ano de 2010; neste universo, 748 embriões foram doados para estudos naquele mencionado período.

Segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), existem cerca de 120 bancos de células e tecidos germinativos no Brasil. No ano de 2011, a Anvisa prometera notificar os BCTG que não haviam informado no SisEmbrio seus dados de produção, o que configura infração sanitária sujeita a penalidades previstas na Lei Federal 6.437, de 20 de agosto de 1977.

A (revogada) Lei Federal n. 8.974/1995

Antes do advento da Lei Federal n. 11.105/2005, vigorava no Brasil, disciplinando a questão da biossegurança, a Lei Federal n. 8.974/1995, posteriormente revogada na totalidade pela primeira. A anterior lei mereceu críticas contundentes da doutrina especializada, especialmente no que se referia aos tipos penais então criados pelo diploma legal. As proibições previstas naquela lei eram classificadas como crimes de perigo, com penas privativas de liberdade que oscilavam entre três meses a vinte anos de detenção ou reclusão, com formas qualificadas em conformidade com os resultados produzidos.

A mencionada legislação tornava crimes a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético

humano *in vivo*, sem fins terapêuticos; a produção, armazenamento ou manipulação de embriões destinados a servirem como material biológico disponível; a intervenção *in vivo* em material genético de animais sem fins de avanço científico e, por fim, a liberação ou descarte no meio ambiente de organismos geneticamente modificados em desacordo com normas estabelecidas pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).

No que se refere aos embriões humanos produzidos e mantidos *in vitro*, o artigo 8º da Lei Federal 8.974/1995 vedava tanto a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos (inciso III), quanto a produção, o armazenamento e a manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível (inciso IV). A primeira conduta era tipificada como crime no inciso II do artigo 13, para o qual era prevista pena entre dois e vinte anos de prisão. A segunda conduta proibida – relacionada à produção, ao armazenamento e à manipulação de embriões humanos – era tipificada no inciso III do mencionado artigo 13, sendo então punida com pena de seis a vinte anos de reclusão, equivalendo à sanção prevista para o crime de homicídio da Parte Especial do Código Penal brasileiro (artigo 121).

Citem-se, para efeitos de posterior comparação, o artigo 13 e seus incisos e parágrafos, que dispunham sobre os crimes genéticos quando da vigência da Lei 8.974/1995 (Brasil, 1995, on-line), *verbis*:

Art. 13. Constituem crimes:

I – a manipulação genética de células germinais humanas;

II – a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

Pena – detenção de três meses a um ano.

§ 1º. Se resultar em:

- a) incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;

d) aceleração de parto;

Pena – reclusão de um a cinco anos.

§ 2º. Se resultar em:

a) incapacidade permanente para o trabalho;

b) enfermidade incurável;

c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

d) deformidade permanente;

e) aborto;

Pena – reclusão de dois a oito anos.

§ 3º. Se resultar em morte;

Pena – reclusão de seis a vinte anos.

III – a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível;

Pena – reclusão de seis a vinte anos.

IV – a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

Pena – detenção de três meses a um ano.

V – a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

Pena – reclusão de um a três anos.

§ 1º. Se resultar em:

a) lesões corporais leves;

b) perigo de vida;

c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;

d) aceleração de parto;

e) dano à propriedade alheia;

f) dano ao meio ambiente;

Pena – reclusão de dois a cinco anos.

§ 2º. Se resultar em:

a) incapacidade permanente para o trabalho;

- b) enfermidade incurável;
 - c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
 - d) deformidade permanente;
 - e) aborto;
 - f) inutilização da propriedade alheia;
 - g) dano grave ao meio ambiente;
- Pena – reclusão de dois a oito anos.

§ 3º. Se resultar em morte;

Pena – reclusão de seis a vinte anos.

§ 4º. Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposo:

Pena – reclusão de um a dois anos.

§ 5º. Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no País de OGM for culposa, a pena será aumentada de um terço se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

§ 6º. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento desta Lei.

A despeito de algumas poucas defesas isoladas por parte da doutrina nacional,²⁶ a baixa qualidade do referido diploma normativo revelava-se patente, especialmente no que se referia à clara ausência de técnica legislativa na elaboração dos mencionados tipos penais.

Note-se que o legislador infraconstitucional, quando da tipificação dos delitos da revogada Lei de Biossegurança, ignorou a construção típica calcada na descrição da conduta proibida, que se concretiza no uso de um verbo, revelador do elemento nuclear do fato típico.

De fato, Alberto Silva Franco (1996, p.24) entendeu, naquela ocasião, que os tipos penais arrolados na referida lei careciam de

26 O legislador infraconstitucional, ainda que por “linhas tortas” (sic), logrou obter a descrição típica dos crimes genéticos pretendidos na antiga Lei de Biossegurança (Souza, 2001, p.100-7).

elementos mais básicos, sendo, em verdade, “[...] um elenco de denominações jurídicas, mas não de descrições de figuras delitivas”. Para ele:

Não há que discutir, no momento, a pertinência do processo criminalizador, isto é, saber se o legislador penal do Estado democrático de Direito pôs de lado, no caso em foco (art. 13), o princípio da “intervenção mínima” ou se optou, diante da relevância do bem jurídico tutelado, por uma postura político-criminal de entonação preventiva. A precipitação ou não do legislador, na abordagem criminal da questão, passou, em verdade, a ser reflexão secundária, em face da absoluta inépcia revelada na composição típica. Já há algum tempo, o pouco apuro técnico tem produzido, na área criminal, leis de péssima qualidade, mas nenhuma delas atingiu o nível de degradação da Lei 8.974/95. Se fosse permitida uma expressão mais vulgar, caberia dizer que o art. 13 dessa lei é um verdadeiro “basteirol” jurídico.

Como exemplo, aludia o autor que o inciso I do artigo 13 não se preocupou em explicitar, ao se referir à manipulação genética de células germinais humanas, no que consistiria tal atividade, substituindo indevidamente a descrição típica (verbo, sujeito ativo e passivo, objeto, meios e modos de execução) por um nome pretensamente totalizador da ação tida como delituosa, de modo que “[...] o art. 13 da Lei 8.974/95 é, em resumo, um suceder de agravos inqualificáveis ao princípio constitucional da legalidade” (ibidem, p.24).

Breve análise das figuras típicas do revogado dispositivo

Muito embora revogada desde 2005, a Lei n. 8.974/1995, em seu artigo 13, elencou um rol de condutas atentatórias ao patrimônio genético humano e animal que convém analisar. São elas: i) manipulação genética de células germinais humanas (inciso I); ii) intervenção em material genético humano *in vivo* (inciso II); iii) produção, armazenamento e manipulação de embriões humanos

(inciso III); iv) intervenção *in vivo* em material genético de animais (inciso IV); e v) liberação e descarte de organismos geneticamente modificados no ambiente (inciso V). Por sua ligação com o tema aqui tratado, serão analisadas apenas as três primeiras condutas, com vistas à identificação dos bens jurídicos nela protegidos.

No caso do inciso I do artigo 13, o objetivo do legislador foi tutelar a integridade ou inalterabilidade do patrimônio genético humano.²⁷ Todavia, ao não se referir diretamente às técnicas de clonagem e de hibridação homem-animal, vedando-as de modo expreso, a lei não logrou proteger suficientemente o bem *genoma humano* (Carvalho, 2004, p.442).

Uma rápida leitura do inciso revela que o legislador de 1995 não especificou adequadamente o conteúdo da atividade manipulatória, substituindo a descrição da ação vedada pelo mero enunciado da atividade criminosa. O tipo penal em comento deixava então de precisar o conteúdo das condutas cuja realização determina o desvalor da ação atentatória ao bem jurídico-penal, a despeito de ela poder representar sérios riscos à integridade do genoma humano. Já naquela ocasião, a doutrina reivindicava um elemento subjetivo especial para o delito, uma vez que “[...] só haverá lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico quando as células manipuladas venham a ser efetivamente transferidas, após a fecundação, para o útero materno, isto é, quando a mencionada alteração seja *para fins de procriação*” (ibidem, p.445, destaque no original).

Em sentido amplo, manipular células germinais humanas significa intervir diretamente sobre elas por meio da adição, supressão, substituição ou modificação de genes da espécie. Em uma concepção mais estrita do termo, manipular quer dizer empregar as técnicas de recombinação do ADN sobre células germinais humanas.

Consoante Fernando Galvão da Rocha e Marcelo Varela (1997, p.476), a manipulação pressupõe necessariamente a alteração da estrutura genética da célula.

27 Para Sirvinskas (2001, p.490), os bens jurídico-penais tutelados são “[...] a preservação do meio ambiente, a diversidade biológica e a integridade do patrimônio genético”.

Stella Maris Martínez (1998, p.197), já no final do século passado, chamava a atenção para a tão vaga definição contida no inciso I concernente à manipulação de células germinais humanas e para a escassa pena cominada ao delito – de três meses a um ano de prisão. Para a autora argentina,

[...] é fácil verificar que o legislador não levou em consideração a humanidade como eventual vítima deste tipo de ação, nem mensurou adequadamente os perigos que tais condutas trazem à tona, limitando-se a contemplar exclusivamente o eventual risco que correria um indivíduo procriado com células germinais manipuladas geneticamente.

O mencionado delito se exauriria com a manipulação dessas células germinais, sendo de mera atividade para parte da doutrina (Carvalho, 2004, p.446; Sirvinskas, 2001, p.491).²⁸ Como não se exigiria a modificação do patrimônio genético da espécie humana como um todo (genoma humano), era classificado como delito de perigo abstrato (Carvalho, 2004, p.446).

Para Gisele Mendes de Carvalho (ibidem, p.446) e Sirvinskas (2001, p.491), o crime em apreço era comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Em sentido oposto, Fernando Galvão da Rocha e Marcelo Varela (1997, p.476, destaque no original) asseveravam que, muito embora a Lei n. 8.974/1995 não tenha enfrentado a questão, “a atividade de *manipulação genética de células germinais humanas* não pode ser praticada por qualquer pessoa, mas unicamente por pesquisadores e cientistas que possuem conhecimentos compatíveis com os objetivos de alteração”.

A conduta que eventualmente realizaria a atividade proibida seria dolosa e, nesse sentido, exigir-se-ia do agente a vontade livre

28 Contra: Rocha e Varela (1997, p.475), segundo os quais o crime do inciso I do artigo 13 da revogada Lei n. 8.974/1995 era material, posto que a manipulação pressupõe a ocorrência do resultado naturalístico de alteração da estrutura genética da célula germinativa humana.

e consciente de promover a alteração genética nas células objeto de sua atividade (Rocha e Varella, 1997, p.476).

No inciso II do artigo em apreço, a doutrina apontava como objeto jurídico da norma a integridade da carga genética não patológica do ser humano, havendo aqui expressa referência legal à atipicidade daquela intervenção quando fosse terapêutica. Se a manipulação requer a alteração da estrutura genética da célula, a intervenção não visa necessariamente a esse resultado. Aqui, a atividade que o legislador quis evitar era a que possuía potencialidade lesiva à saúde, sendo a simples intervenção presumida pelo legislador como causadora de dano ao material genético humano vivo (ibidem, p.477).

Como a expressão material genético humano *in vivo* diz respeito às células vivas do homem, ainda que mantidas em cultura em laboratório, se a intervenção se desse em células mortas, desprovidas de qualquer processo biológico, o crime seria impossível em razão da absoluta impropriedade do objeto. Ainda que de modo implícito, mencionado tipo se referia exclusivamente às células da linha somática (não germinal), incapazes de perpetuar os efeitos dessa intervenção para as gerações futuras. O crime previsto no inciso II do artigo 13 era classificado como de mera atividade, uma vez que a simples intervenção sem cunho terapêutico realizava a conduta típica;²⁹ como era delito plurissubsistente, admitia-se a forma tentada. Inadvertidamente, porém, em seus três parágrafos, o artigo 13, inciso II, prescreveu um exaustivo rol de circunstâncias hipoteticamente qualificadoras do delito de intervenção em material genético humano *in vivo*, sem se preocupar se a conduta incriminada pudesse concretamente acarretar aqueles resultados mais graves ao bem jurídico ali tutelado (Carvalho, 2004, p.442-50).

Tanto para Gisele Mendes de Carvalho (ibidem, p.442-50) quanto para Sirvinskas (2001, p.491), o delito em apreço era crime

29 No mesmo sentido, Rocha e Varella (1997, p.477), segundo os quais o crime em tela é de mera conduta, uma vez que o legislador não estabeleceu a ocorrência de qualquer resultado lesivo à saúde individual; plurissubsistente e que admite a forma tentada.

comum, ao passo que, na visão de Rocha e Varella (1997, p.477), “[...] a intervenção em material genético humano não pode ser praticada por qualquer pessoa, mas unicamente por pesquisadores e cientistas que possuam conhecimentos e instrumentos compatíveis com os objetivos propostos”.

A terceira conduta vedada consistia na “[...] produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível” (Brasil, 1995, on-line). Com Gisele Mendes de Carvalho (2004, p.450), é possível inferir que produzir embriões humanos significa promover a fertilização do óvulo pelo espermatozoide; armazená-los é mantê-los congelados, por criopreservação, em laboratório; enquanto manipular requer alterar a estrutura genética de seus cromossomos.

Na tentativa de dar o devido conteúdo do injusto do inciso III do artigo 13 da Lei n. 8.974/1995, Sirvinskas (2001, p.491) afirmava que *produzir* é dar nascimento, gerar, criar, fazer aparecer; *armazenar* é guardar, recolher ou manter em depósito; e *manipular*, ao seu passo, diz respeito a preparar, forjar, engendrar ou maquinar.

Vedavam-se assim a produção, o armazenamento e a manipulação de embriões humanos para serem futuramente utilizados pelo homem (ibidem, p.490). Naquela época, Rocha e Varella (1997, p.479) alertavam para o fato de que, muito embora a fecundação seja um direito a ser reconhecido para o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, não se poderia permitir que os embriões dela excedentes fossem manipulados como mercadorias.

Já o fim previsto na norma – “destinados a servirem como material biológico disponível” (Brasil, 1995, on-line) – é passível de mais de uma interpretação. Para uns, as técnicas de reprodução assistida seriam puníveis apenas se implicassem a criação de embriões com fins distintos da procriação humana, estando excluída a conduta de armazenar os embriões excedentários de tais técnicas. De outra banda, outros postulavam que a mera criação de embriões supranumerários perfazia a conduta alcançada pela figura típica, porque, ainda que o objetivo inicial fosse gerar embriões aptos à reprodução, o excedente gerado permaneceria nas clínicas como material biológico disponível.

Se assentarmos a premissa de que é um imperativo técnico a criação de embriões excedentes na reprodução assistida, é prudente concluir que o legislador visou incriminar apenas a geração de embriões para fins outros que não a procriação humana (Carvalho, 2004, p.452).

Em todo caso, o que estava em questão para a doutrina pátria não era a tutela do embrião em si mesmo, mas a do que os embriões representam para a espécie humana e para as futuras gerações, perante a manipulação de sua carga genética para objetivos alheios a eles.

Assim, alertava Martínez (1998, p.197) que,

[...] por esta via, poder-se-ia considerar que está severamente incriminada a alteração genética dos embriões *in vitro*, apesar de que, pela importância do tema, assim como pela impossibilidade de interpretações analógicas em direito penal, seria desejável uma redação mais clara, da qual surgisse, sem dar lugar a dúvidas, uma proteção total, significativa e específica do genoma humano.

O delito em comento seria ou de resultado (produzir), ou de mera atividade (armazenar e manipular), admitindo sempre as formas tentadas (Carvalho, 2004, p.453).

A Lei de Biossegurança (Lei Federal n. 11.105/2005)

Uma década depois de promulgada a primeira Lei de Biossegurança, entrou em vigor, em 24 de março de 2005, a Lei Federal n. 11.105, que

[...] regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995,

e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. (Brasil, 2005, on-line)

Composta de 42 artigos, a novel Lei de Biossegurança tratou dos delitos e sanções no seu Capítulo VIII, especificamente nos artigos 24 a 29. Diferentemente da lei que a antecedeu, a Lei 11.105/2005 proíbe tão somente a utilização de embriões humanos em desacordo com o que dispõe seu artigo 5º, cominando pena de detenção de um a três anos e multa por seu descumprimento – a mesma medida da pena imposta pela Parte Especial do Código Penal brasileiro ao crime de aborto provocado ou consentido (art. 124). Já a prática da engenharia genética em células germinais humanas, zigotos ou embriões humanos é atividade punida, doravante, com pena de um a quatro anos de reclusão e multa, equivalendo à sanção cominada para o crime praticado pelo agente que provoca aborto consentido pela gestante. Também a prática da clonagem, nas suas modalidades reprodutiva ou terapêutica, é atividade defesa pela legislação em comento.

Nos onze incisos de seu artigo 3º, a Lei de Biossegurança tratou de estabelecer alguns conceitos e definições importantes para o tratamento legislativo da matéria, fazendo duas exclusões nos dois parágrafos do mesmo dispositivo.

A despeito da evidente melhora no tratamento técnico-legislativo da questão, o novo diploma legal também não passou imune à crítica da doutrina especializada. Com propriedade, Judith Martins-Costa, Márcia Fernandes e José Roberto Goldim (2007, p.234) têm alertado para a baixa qualidade desse diploma legislativo e de seus desdobramentos, causadora, para os autores, de insegurança jurídica, especialmente no tratamento que restou dispensado às células-tronco de origem embrionária, a saber:

O caráter fragmentário da Lei 11.105, reproduzido ainda mais intensamente no Decreto 5.591 – em tudo avesso à noção de sistema que deve presidir a redação legislativa – é devido, por sua vez, a

uma série de fatores, uns devidos às deficiências técnicas, outros atribuíveis às injunções que comandam este País. Partiu-se da regulamentação dos transgênicos, em especial o plantio de sementes transgênicas, inicialmente restringida pela Lei 8.974, de 05.01.1995, depois autorizada, em parte, por Medida Provisória, para se alcançar a regulamentação do uso de embriões produzidos por técnicas de reprodução humana assistida e regulamentar o CTNBio, tentando-se agradar a gregos e troianos e enfiar no mesmo saco – como se fossem produtos de contrabando – temas que estão a merecer tratamento mais responsável.

Para além da ausência de método no tratamento dos temas abarcados pela lei, Martins-Costa, Fernandes e Goldim (ibidem, p.235) apontam, ainda, outros fatores supostamente ensejadores de insegurança: a linguagem confusa, ambígua e demasiadamente aberta do ponto de vista semântico, e o conteúdo polissêmico do termo *biossegurança*, ao qual não se ajustaria toda a matéria tratada na Lei e em seus posteriores regulamentos. De maior gravidade para os autores seria o tratamento porventura dispensado às células-tronco de origem embrionária. Conquanto o tema central da Lei n. 11.105/2005 sejam as pesquisas envolvendo os organismos geneticamente modificados ou transgênicos, referida legislação teria se voltado inadvertidamente a regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, sem sequer mencionar este aspecto no seu art. 1º, que, por força da boa técnica legislativa,³⁰ deveria definir os objetivos almejados pela lei.

Também autores que há tempos se debruçam sobre o estudo das implicações jurídicas da biotecnologia têm elaborado bem fundamentadas críticas à Lei de Biossegurança de 2005. No artigo “Reflexos do dissenso moral sobre o uso de células-tronco embrionárias no direito penal brasileiro: bioética e valores”, Minahim,

30 Em conformidade com o que dispõe a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que estabeleceu normas acerca da técnica legislativa (Brasil, 1998, on-line).

Freitas e Oliveira (2010, p.295) entendem que “[...] a disciplina jurídica do uso de células-tronco embrionárias é um exemplo expressivo das dificuldades em expressar, na norma, o entendimento possível de ser alcançado em uma sociedade dita plural”. Para eles, o legislador da Lei n. 11.105, ao mesmo tempo que puniu a utilização de células-tronco embrionárias se desatendidas as condições impostas pelo artigo 5º, de outra ponta abriu uma ampla perspectiva de uso de tais células obtidas de embriões humanos. Dessa maneira, com a definição do marco legal de três anos ou mais de congelamento para a permissão de uso de embriões *in vitro*, o legislador teria então dificultado aos estudiosos do Direito Penal a tarefa de identificar o bem jurídico tutelado pela norma, especialmente no que respeita ao artigo 24 da Lei n. 11.105/2005.

Ainda para Minahim, Freitas e Oliveira (ibidem, p.295), o voto proferido pelo ministro Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADI 3.510³¹ acabou por provocar novas dificuldades quanto ao valor que se protege com a figura descrita no artigo 24, em razão dos inúmeros interesses destacados em seu relatório, “[...] obrigando o Direito Penal a considerar como interesse tutelado ‘o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais’ liderados pelo útero materno”.

Justamente em virtude do dissenso que cerca a questão do uso das células-tronco embrionárias humanas para pesquisas científicas de cunho terapêutico, o então procurador da República Cláudio Fonteles ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade do mencionado artigo 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança, do que se tratará no Capítulo 3 do presente estudo.

31 Que propugnava pela inconstitucionalidade do mencionado art. 5º da LBS, julgada totalmente improcedente em 2008.

2

TUTELA PENAL DO DIREITO À VIDA

A tutela penal da vida pós-natal: os delitos da Parte Especial do Código Penal

Não se pode olvidar que o Direito Penal imprime especial tutela à vida humana. De fato, a localização topográfica privilegiada dos delitos contra a vida, inaugurando o pórtico de entrada da Parte Especial do Código Penal brasileiro, corretamente assinala, sem deixar margem a eventuais interpretações divergentes, que a vida humana é o bem jurídico mais valioso para o Sistema Jurídico-Penal, constituindo a pedra angular da atual ordenação hierárquica da atividade estatal incriminadora.

Deve-se mencionar, ainda, o cariz de socialidade de que é portador o conceito material de bem jurídico, “[...] que exsurge da experiência social, sobre a qual recaem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário”, que deve ter em conta, em virtude do caráter limitativo da tutela penal, as balizas axiológicas e valorativas contidas na Constituição (Carvalho, 2001, p.95-6). Nessa trilha de fundamentalidade, o bem jurídico vida humana, alçado a direito fundamental pela CR88,¹ revela-se “[...]”

1 Com efeito, o direito à vida humana ingressou tardiamente nas Constituições brasileiras, só ganhando menção expressa no texto constitucional a partir da

suporte indispensável para o exercício de todos os demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgada pela lei penal” (ibidem, p.96).

Também para Maria Böhmer (2002, p.76-7), a vida humana é dotada de valor supremo, posto que configura a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os outros direitos fundamentais relacionados à pessoa.

Com efeito, a questão da vida humana perpassa todo o Direito Penal, apresentando-se ao menos sob cinco aspectos para esse especial ramo do ordenamento jurídico (Roxin, 2008, p.165-6): i) a proteção do embrião (cumprir ao Direito Penal saber se o embrião seria alcançado pela tutela penal já antes de sua implantação no útero feminino); ii) a regulamentação penal do aborto, delito que visa à proteção da vida pré-natal dependente do feto humano (saber se e em que medida ou grau o embrião intrauterino é protegido pelo Direito Penal); iii) a proteção da vida de pessoa já nascida pelos tipos de homicídio (instar precisar em que momento se dá o nascimento do homem); iv) as formas de encurtamento da fase final da vida (deve-se perquirir se e quais formas de eutanásia são permitidas pelo ordenamento jurídico-penal); e v) o evento morte como marco final da proteção penal à vida (deve-se determinar, juridicamente, a partir de que instante ocorre a morte do ser humano, quando cessa a tutela da vida pela via penal).

Mais especificamente, poder-se-ia subdividir a proteção jurídico-penal da vida designadamente em duas diferentes fases: na *fase pré-natal*, quando se tem a vida humana dependente (do organismo materno), e na *fase pós-natal*, a partir da qual, verificada a ocorrência do nascimento, a vida humana torna-se independente da mãe. Na primeira fase, o extermínio da vida humana intrauterina caracterizaria, em tese, o crime de aborto. Neste campo inserem-se ainda todos os questionamentos penais levantados pela prática do abortamento de fetos anencefálicos. Em um segundo momento, verificada a

Carta de 1946 (art. 141). No texto de 1967, o direito à vida foi inserido entre os direitos e garantias individuais (art. 150).

ocorrência do fenômeno do nascimento do ser humano, estar-se-ia diante dos delitos de homicídio, infanticídio ou participação em suicídio, sob as formas de induzimento, instigação ou auxílio. Também neste segundo campo estaria incluída a problemática questão da eutanásia e do fim da vida para efeitos de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Tratar-se-ão, em seguida, dos delitos de homicídio, infanticídio e participação em suicídio, perquirindo-se, sempre, acerca do início e do alcance da eventual proteção dispensada à vida humana extrauterina pelo Direito Penal.

Impende esclarecer, entretanto, que, a despeito da inviolabilidade da vida humana, até mesmo por um imperativo constitucional, nem mesmo o bem jurídico vida está imune à ponderação de valores ou bens em conflito tão comum ao Direito Penal. Dessa feita, a vida revela-se um bem jurídico indisponível quando e somente quando sua violação é perpetrada por terceiros, e a não incriminação do suicídio mantém acertadamente fora da discursividade penal, dentro do terreno dos comportamentos penalmente irrelevantes, a auto-destruição da vida humana (Costa, 2003, p.766).

Para além deste fato, a simples leitura dos crimes contra a vida humana, intra ou extrauterina, revela que a tutela desse bem ou valor pelo Sistema Jurídico-Penal é feita de modo fragmentário e descontínuo – como de fato fragmentária deve ser a proteção penal. Nesse sentido, cite-se o magistério de José de Faria Costa (ibidem, p.767-8, destaque do autor), segundo quem:

“Todavia, muito embora, como se vê, o bem jurídico vida humana constitua a pedra de toque do pórtico de entrada da área da incriminação penalmente relevante, é bom não esquecer que o valor vida humana não é valorado pelo nosso legislador, como por todos os outros, de maneira monolítica: não há só um tipo legal de crime para proteger a vida humana. *Na verdade, a vida humana é tutelada nos seus diferentes momentos de realização e autonomia (vida humana intrauterina e vida humana autônoma), mas o direito penal também*

aceita como momentos específicos dessa tutela o modo e a circunstância pelos quais o bem jurídico vida é violado.

Feitas tais considerações, passa-se ao rápido estudo dos tipos da Parte Especial do Código Penal brasileiro que vão imprimir tutela à vida humana na sua dimensão singular.

Na esteira disso é que Gisele Mendes de Carvalho (2001, p.101) assevera que o próprio conceito legal de morte – como contraponto lógico ao fenômeno da vida – demonstra que, ainda que mantidas as funções biológicas essenciais, pode não se configurar vida humana digna de proteção penal – “[...] o que supõe não seja a vida tão somente um mero processo biológico”. Desse modo, para além de seus parâmetros biopsicológicos, o bem jurídico-penal vida humana é lastreado também em critérios normativos, em uma concepção valorativa.

Disso se extrai que

[...] o próprio conceito legal de morte vem a corroborar a qualificação da vida humana como dependente de critérios valorativos, uma vez que, ainda que conservadas funções biológicas (respiração e circulação), já não mais existe vida digna de proteção quando verificada morte encefálica, de modo que a vida humana se afirma como algo mais que um processo puramente biológico. (ibidem, p.107-8)

Também para José de Faria Costa (2003, p.769), sendo o bem jurídico-penal um pedaço da realidade axiologicamente relevante para o Sistema Jurídico, e tendo em conta que também o bem vida humana sofreu modificações trazidas pelo progresso tecnocientífico, ainda que só quantitativas, “implica tal mutação que devemos repensar o sentido e o conteúdo do bem jurídico-penal vida humana”.

Homicídio, infanticídio e participação em suicídio

Em sua Parte Especial, inaugurando o tratamento jurídico-penal dado aos crimes em espécie, o Código Penal brasileiro lista as

modalidades de delitos contra a vida humana pós-natal, delimitando nessa esteira os crimes de homicídio, infanticídio e participação em suicídio. Logo em seguida, trata de salvaguardar a vida humana intrauterina, cominando, para tanto, o delito de aborto, em suas diversas subespécies.

A posição privilegiada dos delitos contra a vida evidenciaria, consoante Bitencourt (2002, p.26), que, muito embora esta seja um bem do homem singularmente considerado, sua proteção legal constitui “[...] um interesse compartilhado do indivíduo e do Estado”.

A despeito de serem crimes previstos no ordenamento como delitos autônomos, aborto, (participação em) suicídio e infanticídio “[...] não passam de extensões ou particularizações daquela figura central, que pune a supressão da vida de alguém” (ibidem, p.26).

Tão relevante o bem vida que sua proteção legal se justificaria antes mesmo da existência do homem, desde a formação do ovo até sua extinção pela superveniência do evento morte. Sem embargo, preleciona Bitencourt (ibidem, p.26) que:

[...] o direito protege a vida desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. Iniciado o parto, a conduta de suprimir-lhe a vida já tipificará o crime de homicídio. A proteção penal à vida abrange, como se constata, a vida intrauterina e a vida extrauterina.

Os delitos em espécie contra esse relevante bem jurídico-penal serão doravante estudados.

Homicídio

Homicídio, segundo a mais autorizada doutrina, é a supressão da vida humana independente praticada por terceiro, podendo ser conceituado como “[...] a injusta morte de uma pessoa (vida

extrauterina) praticada por outrem (destruição da vida humana, por outro homem)” (Cunha, 2010, p.22, destaque do autor).

De um modo ou de outro, até mesmo em virtude da magnitude do bem ofendido pelo delito em apreço, o homicídio é universalmente punido como crime. Com inigualável propriedade, descreve Nélson Hungria (1955, p.25) que:

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Insta analisar, ainda que de modo sucinto, o tipo penal do homicídio e suas eventuais modalidades no ordenamento jurídico pátrio. Assim, comete homicídio quem provoca, voluntária ou involuntariamente, a morte de uma pessoa humana, que não a si mesmo, sendo exigida referida alteridade para se fazer atuar o Direito Penal. Como se pode inferir do tipo básico, o bem jurídico tutelado é a vida humana extrauterina, verificada a ocorrência do nascimento com vida.

Desse modo, para Bitencourt (2002, p.30, destaque do autor), “[...] a vida começa com o início do parto, com o rompimento do *saco amniótico*; é suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver”. Com apoio em Heleno Cláudio Fragoso (1990, p.56), pode-se afirmar que o parto é o conjunto dos processos mecânicos, fisiológicos e psicológicos por meio do qual o feto a termo ou viável vai se separar do organismo materno, passando ao mundo exterior.

Mais didaticamente, o parto tem início com a dilatação do colo uterino, que se amplia até que o feto seja impelido para o exterior, caracterizando a fase da expulsão uterina. Por fim, a placenta também se destaca do organismo da mãe e é expelida do útero. Verificado isso, encerra-se o parto, ainda que o cordão umbilical

que liga o recém-nascido à mãe não tenha sido cortado efetivamente (ibidem, p.142).

A conduta típica incriminada consiste em tirar a vida de alguém, sendo indiferente para a configuração do ilícito de homicídio, segundo a doutrina, a capacidade de viver da pessoa vitimada pelo crime (ibidem, p.30). Isso ocorre porque, modernamente, não se distingue mais entre a vida biológica e a vida autônoma ou extrauterina, sendo suficiente para a legitimação da intervenção penal a ocorrência da primeira, que se contenta, com suporte no escólio de Nelson Hungria (1955, p.258), com a existência do mínimo de atividades funcionais de que dispõe o feto, sendo a circulação sanguínea a mais evidente delas.

No mesmo sentido, segundo Bitencourt (2002, p.29), não importa à ordem jurídica a pouca probabilidade de o neonato vir a sobreviver após o parto, na medida em que condições físico-orgânicas que demonstrem pouca ou nenhuma probabilidade de sobrevivência não teriam o condão de afastar seu direito à vida, tampouco o dever estatal de respeito a ela, imposto até mesmo por dispositivo constitucional. Citando Eusébio Gómez, Bitencourt (ibidem, p.29) vai asseverar que a vida humana, em qualquer situação, por mais precária que se mostre, não perde as virtualidades e os atributos que a fazem merecedora da tutela jurídico-penal.

Desta feita, qualquer antecipação da morte, ainda que a vida humana seja abreviada em poucos segundos, configuraria o delito de homicídio (Cunha, 2010, p.23).

Aponte-se que a descrição típica contida no artigo 121 da Parte Especial do Código Penal brasileiro não poderia ser mais enxuta: “matar alguém”. Com efeito, aponta Bitencourt (2002, p.33, destaque do autor) que:

Matar alguém é o enunciado mais conciso, objetivo, preciso e inequívoco de todo o Código Penal brasileiro, e, aliás, já era a fórmula preconizada pelos nossos dois Códigos anteriores (1830 e 1890). [...]

A concisão desse tipo penal – matar alguém – representa, ao mesmo tempo, sua extraordinária amplitude, na medida em que não estabelece nenhuma limitação à conduta de matar alguém, e nisso reside toda a sua abrangência, pois, sempre que o legislador pretende ampliar o tipo – seja adjetivando, seja elencando hipóteses, condições, formas ou meios –, acaba limitando seu alcance, quando não por exclusão.

Qualquer pessoa, isolada ou associada à outra, pode praticar em tese o crime de homicídio, não exigindo o tipo penal nenhuma especial condição do agente ativo do delito. Sujeito passivo, por sua vez, é o ser vivo nascido de mulher.² O crime se consuma com a ocorrência do resultado naturalístico morte. Pode ser praticado de forma livre, por ação ou omissão, por meio direto ou indireto.

A doutrina costuma classificar o homicídio em *crime comum* (pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de condição ou qualidade especial do agente ativo); *material* (somente se consuma com a ocorrência do resultado morte, que é uma exigência do tipo); *simples* (na medida em que protege tão somente um bem jurídico-penal, a vida humana); *de dano* (o elemento subjetivo orientador da conduta visa ofender o bem jurídico tutelado, e não simplesmente a expô-lo a perigo); *plurissubsistente* (sua execução pode ser fracionada em vários atos); *instantâneo* (o delito se esgota com a ocorrência do resultado morte); e de *efeito permanente* (considerada a irreversibilidade do resultado naturalístico exigido para a configuração da figura criminosa). Admite tentativa, inclusive no homicídio cometido com dolo eventual, quando a não consumação da morte derivar do acaso ou de circunstâncias alheias à vontade do agente (Cunha, 2010, p.24).

No direito comparado, José de Faria Costa (2003, p.768) alerta que a estrutura sistemática da incriminação dentro dos crimes contra a vida humana autônoma – em contraposição à vida humana

2 Não se mencionarão aqui, porque fora dos propósitos da presente pesquisa, os sujeitos passivos especiais do delito de homicídio.

dependente ou intrauterina – não deixaria margem para eventuais dúvidas acerca das espécies do delito, a saber: crime matricial ou fundamental (homicídio simples), crime qualificado (homicídio qualificado) e, finalmente, crime privilegiado (homicídio privilegiado).

Consoante a doutrina nacional, entretanto, são modalidades do crime, a considerar: i) homicídio doloso simples (*caput* do art. 121); ii) homicídio doloso privilegiado (§ 1º); iii) homicídio doloso qualificado (§ 2º); iv) homicídio culposo (§ 3º); v) homicídio culposo majorado (§ 4º, primeira parte); e vi) homicídio doloso majorado (§ 4º, segunda parte) (Cunha, 2010, p.22).

Fala-se, ainda, em âmbito doutrinário, na modalidade de homicídio condicionado, sendo este o delito simples quando praticado em atividade típica de grupo³ de extermínio, posto que requer a verificação de um requisito ou condição para que seja considerado hediondo (artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 8.930/1994) (*ibidem*, p.25).

Por exclusão, o homicídio será simples quando ao fato delituoso não se aplicarem quaisquer hipóteses que o tornem privilegiado ou qualificado.⁴ Assim, será privilegiado o homicídio quando sua execução for fundada em relevante motivação social ou moral do agente, ou se cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.⁵ Por representar a forma

3 Para Luiz Vicente Cernicchiaro (apud Cunha, 2010, p.25), com base no art. 288 do Código Penal, exige-se um número mínimo de quatro pessoas para a configuração de um grupo de extermínio. Contra, Rogério Sanches Cunha (2010, p.25), segundo quem, com o advento do Decreto n. 5.015/2004, que acatou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, incorporando-a ao nosso ordenamento jurídico, bastam três ou mais pessoas (art. 2º, letra a).

4 Para muitos autores, o verdadeiro homicídio privilegiado é o *infanticídio*, que recebeu um tipo especial do legislador penal; o outro não passa de um homicídio simples com a pena minorada. (Bitencourt, 2002, v.2, p.56, nota de rodapé 40).

5 Referida circunstância privilegiadora relaciona-se ao estado anímico do agente ativo, sendo o crime também chamado de homicídio emocional.

mais branda do delito, o juiz pode reduzir a pena do crime de um sexto a um terço.⁶

De outra banda, o crime será cometido em sua forma agravada quando ocorrer alguma das circunstâncias qualificadoras, que podem se referir aos motivos, ao modo de ação ou à natureza dos meios eventualmente empregados para a prática do delito, reveladoras da maior periculosidade ou perversidade do sujeito ativo.⁷

Para além das formas dolosas qualificadas ou privilegiadas, o homicídio pode ser também praticado culposamente, quando o agente dá causa ao resultado do crime por imprudência,⁸ negligência⁹ ou imperícia.¹⁰

Dentre as circunstâncias que minoram a medida da pena, privilegiando o delito de homicídio, ressalta destacar a hipótese em que o agente atua impelido por relevante valor moral. No magistério de Bitencourt (2002, p.57, destaque do autor), “[...] será motivo de *relevante valor moral* aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima”. Tem-se, no caso, a ocorrência do denominado homicídio piedoso ou eutanásico, também tratado por eutanásia. É desta polêmica questão, também

6 Trata-se, em verdade, de um poder-dever do magistrado. Assim, reconhecido o homicídio privilegiado, a redução da pena pelo juiz é obrigatória, segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, sendo sua natureza jurídica de verdadeiro direito subjetivo público do condenado (cf. RT 448/356).

7 Em síntese, tem-se a ocorrência de homicídio qualificado: se cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

8 É a precipitação, agindo o agente, de modo assim afoito e descuidado, sem os cuidados que o caso requer.

9 Negligência é a ausência de precaução, importando um juízo necessariamente negativo do agir.

10 Imperícia, ao seu turno, é a inaptidão técnica para o exercício de arte ou profissão.

ela verdadeiramente existencial, a tocar de perto a concepção jurídico-moral acerca da vida e da morte humanas, que se tratará a seguir.

Por oportuno, insta afirmar que o estudo do homicídio e da eutanásia interessa à obra justamente com o escopo de delimitar o bem jurídico vida humana que mereceu a proteção penal nestes tipos. Se, ao final, se concluir que o embrião *in vitro* é portador de vida humana protegível pelo Direito Penal, afirmando-se pelo reconhecimento no ente embrião deste bem jurídico, convém demarcar como tal bem se apresenta para o Sistema Jurídico-Penal nos delitos ditos clássicos contra a vida da Parte Especial do Código Penal.

Eutanásia e Direito Penal

Questão deveras problemática para o Sistema Jurídico-Penal diz respeito ao adequado enfrentamento do homicídio eutanásico ou, simplesmente, eutanásia. Para Claus Roxin (2008, p.190-1), falar em apreciação jurídico-penal da eutanásia é adentrar um terreno extraordinariamente complicado e controverso, por alguns motivos que, válidos em Alemanha, igualmente se aplicariam ao contexto brasileiro: i) falta um dispositivo legal que dela trate expressamente; ii) os casos que atinem à vida e à morte dificilmente podem ser regulados por normas abstratas; e iii) o consenso sobre o permitido e o proibido na discussão acerca da eutanásia não é exclusivo do saber do penalista, extravasando este ramo de conhecimento.

Segundo um conceito generalizado desta modalidade do delito, o homicídio eutanásico deve ser entendido como aquele que é praticado para abreviar piedosamente um irremediável sofrimento da vítima, a pedido ou com o assentimento desta (Hungria, 1955, p.125). No mesmo caminho trilha o magistério de Bitencourt (2002, p.57), para quem:

Eutanásia é o auxílio piedoso para que alguém que esteja sofrendo encontre a morte desejada. Um intenso sentimento de piedade leva alguém bom ou caridoso à violência de suprimir a

vida de um semelhante, para minorar-lhe ou abreviar-lhe um sofrimento insuportável. Esse é um autêntico motivo de relevante valor moral que justifica o abrandamento da pena no homicídio dito privilegiado.

Consoante Roxin (2008, p.189), que vai buscar relacionar o valor da dignidade humana à questão da eutanásia, esta é “[...] a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana”.

Em um sentido estrito, eutanásia é o auxílio posterior ao início do processo de uma morte iminente. Já em uma acepção mais ampla do termo,

[...] pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença. (ibidem, p.190)

Parte da doutrina costuma diferenciar dentro do gênero do homicídio eutanásico as espécies eutanásia e ortotanásia, sendo esta entendida como a interrupção de procedimentos médicos em pacientes terminais sem perspectiva de maior sobrevida (Marcão, 2005, p.18).

Outra é a posição apresentada por Rogério Sanches Cunha (2010, p.25), consoante quem não se deve confundir a eutanásia (antecipação da morte natural) com a ortotanásia (morte natural sem a interferência da ciência, respeitando-se a evolução e o percurso da doença) ou com a distanásia (persistência ou obstinação terapêutica em paciente irrecuperável, considerada pelo autor uma espécie de morte com sofrimento).

Para Bruno Salles Pereira Ribeiro (2011, p.15-7), a classificação – feita por ele com base na doutrina de Roxin – revelar-se-ia mais

complexa. Consoante ele, eutanásia pura é aquela verificada quando se deixa de proceder às medidas terapêuticas que evitem prolongar a vida do doente, passando-se a ministrar meios lenitivos que aliviem ou diminuam sua dor, sem, contudo, iniciar ou acelerar o processo de morte. A eutanásia pura guarda proximidade com a eutanásia indireta, esta verificada quando as medidas lenitivas, além de reduzir o sofrimento do sujeito, acabam, indiretamente, por abreviar-lhe o tempo de vida. Eutanásia passiva, ortotanásia ou paraeutanásia seria, ao seu turno, a interrupção ou a omissão de medidas terapêuticas curativas destinadas à mera manutenção da vida do paciente, de modo que a morte sobrevenha naturalmente da patologia ou condição fisiológica do doente. Por fim, eutanásia ativa seria a conduta comissiva que coloca fim à vida de um doente, por sua vontade real ou presumida, “[...] nos casos de estágio terminal de vida ou de existência exclusivamente biológica” (ibidem, p.15).

No Brasil, inexistente legislação acerca da eutanásia e ortotanásia, sendo a matéria regulamentada então dentro do campo de atuação delimitado negativamente pelo Código Penal e pelas normas infra-legais emanadas do Conselho Federal de Medicina, em especial a Resolução CFM n. 1.805/2006.

Nesse sentido, o artigo 121 do Código Penal sujeita às penas do homicídio doloso a conduta daquele que executar eutanásia ativa direta, não havendo no nosso ordenamento jurídico as figuras específicas do homicídio piedoso ou homicídio por petição (ou a pedido da vítima).¹¹ Já o artigo 122 do mesmo diploma prevê a incriminação da conduta de auxílio ao suicídio, sob qualquer modalidade (ver item “Participação em suicídio”, ainda neste capítulo).

11 Para Roxin (2008, p.219-21), a eutanásia ativa é entendida como a morte dada a alguém que está moribundo ou gravemente doente, sendo equiparada ao homicídio a pedido da vítima e, portanto, proibida e punível segundo o direito alemão vigente. Quando a eutanásia ativa representar um auxílio a suicídio, entretanto, ela será sempre impunível, porque, naquele ordenamento, tal participação não configura crime. Exige-se, no entanto, que a impunidade esteja limitada à hipótese do chamado suicídio responsável.

Para Bitencourt (2002, p.57-8), nada obstante o exposto, é dentre as hipóteses de homicídio privilegiado que o nosso Direito Penal confere tratamento jurídico à eutanásia, muito embora sem adotar expressamente tal terminologia em seus artigos. A solução também é defendida por Rogério Sanches Cunha (2010, p.25), segundo quem gozaria do privilégio de atenuação da pena previsto no § 1º do artigo 121 do CP brasileiro o agente que pratica homicídio com intuito de livrar um doente dos sérios sofrimentos que o afligem. Ainda para esse autor, inobstante a ausência de menção no corpo da lei, referida espécie de homicídio vem expressamente mencionada na Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 39, *verbis*: “O projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)”.

Especialmente tormentosa seria a questão da eutanásia ativa indireta e da ortotanásia, que, segundo a legislação penal pátria, poderiam ser punidas a título de homicídio por omissão, havendo a figura do garante ou garantidor,¹² ou como crime de omissão de socorro,¹³ podendo a pena ser triplicada em virtude da ocorrência da morte do doente.

Para solucionar a questão, Ribeiro (2011, p.15) se filia à parte da doutrina que entende que, em razão da aplicação da teoria da imputação objetiva, nem a eutanásia ativa indireta, nem a ortotanásia poderiam ser consideradas crimes no ordenamento brasileiro. Isso porque a conduta de ministrar meios lenitivos a paciente em estágio terminal, ainda que acelerem inevitável processo de morte já em curso, representaria o incremento de um risco admitido e

12 Preceitua o parágrafo 2º do artigo 13 da Parte Geral do Código Penal, ao tratar da figura do garante (ou seja, do garantidor da não ocorrência do resultado naturalístico lesivo) que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Nessa ordem de ideias, o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

13 Art. 135 do Código Penal brasileiro.

tolerado pelo Sistema Jurídico-Penal, tornando-a atípica. O mesmo raciocínio vale para a hipótese de ortotanásia, uma vez que limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida de doente terminal, acometido de enfermidade grave e incurável, seria em si um ato que realiza um incremento de risco igualmente permitido pela ordem jurídica.

No entendimento de Roxin (2008, p.197-8), a eutanásia indireta é impunível em Alemanha, em virtude do resultado de “[...] uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o máximo de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio”. Referido juízo de ponderação tão somente é possível porque, consoante Roxin (ibidem, p.197-8), “[...] uma vida, mesmo que plena de dores e próxima da morte, continua a ser um bem jurídico, não perdendo todo o valor” para a ordem penal.

Já para Günther Jakobs (2003b, p.43), homicídio a pedido e eutanásia são hipóteses que se diferenciam dogmaticamente para o Direito Penal. O homicídio a pedido encontra a razão de ser de sua proibição no perigo abstrato de que o pedido de morte possa não ser suficientemente amadurecido pelo solicitante. Em outra ponta,

em situações como nas de eutanásia indireta ou passiva, em que, em caso de dúvida, se presume que a dignidade de uma morte imediata é preferível à vida, não pode ser mantida a suposição por falta de maturidade de um pedido de morte; tais situações devem ser excluídas, portanto, do delito de homicídio a pedido.

Também a licitude da eutanásia ativa, defendida por Jakobs, não depende do capricho do solicitante, senão da razoabilidade objetiva, e suscetível de mudança, de seu pedido – razoabilidade essa controlável pelo Ordenamento jurídico.

Segundo preleciona José de Faria Costa (2003, p.783), a aceitação da eutanásia ativa consentida e pedida pelo doente radica-se na absoluta aceitação da autodeterminação do eu. Isso ocorre porque, ainda que a inviolabilidade da vida humana seja um valor jurídico essencial

de todo ordenamento penal, tal bem não pode ser compreendido monoliticamente, devendo ser consideradas as já mencionadas fragmentações dos níveis de proteção e a descontinuidade da proteção do bem jurídico-penal vida humana (ibidem, p.786-7).

Para José de Faria Costa (ibidem, p.789-90), tanto o homicídio privilegiado a pedido da vítima¹⁴ quanto a eventual ajuda a suicídio¹⁵ querem significar, na valoração dos crimes de homicídio, “[...] uma fragmentação da proteção do bem jurídico vida humana que se traduz, em termos de dogmática penal, em um privilegiamento”. Tais normas ligam-se à problemática aqui tratada da eutanásia e revelam, ante a reduzida moldura penal abstrata a elas cominadas pelo ordenamento português, um mesmo desvalor.

No entendimento de Faria Costa (ibidem, p.796), uma eventual aceitação da não punição da eutanásia ativa praticada por médico implicaria, entretanto, a definição de um rigoroso regime procedimental, cujos principais eixos seriam: i) são requeridas circunstâncias excepcionais e justificadas; ii) o paciente deve se encontrar em fase terminal de uma doença grave e incurável; iii) pressupõem-se reais e verdadeiros cuidados paliativos ao doente; iv) requer-se a presença de um doente maior e capaz de consentir com aquela prática; v) só o médico pode praticá-la; e vi) o médico, ao seu turno, poderá fazer valer, sempre, seu direito de objeção de consciência.

Justamente para conferir maior segurança jurídica ao tratamento da questão, tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei n. 6.715/2009, de autoria do senador Gerson Camata (2009, on-line), que “[...] altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia”. A proposição visa acrescentar o art. 136-A ao Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios

14 Art. 134 do Código Penal português.

15 Art. 135 do Código Penal português.

desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

Após aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto de lei que regulamenta a ortotanásia – embora não imune a ressalvas – foi enviado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 12 de dezembro de 2010, onde aguardava parecer para continuar seu trâmite.

Em 17 de julho de 2011, na Comissão de Constituição, foi aprovado requerimento do deputado pastor Marco Feliciano, que solicitou a realização de Audiência Pública para debater o Projeto de Lei n. 6.715, de 2009. Em 14 de maio de 2013, ainda na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, foi designado novo relator do projeto o deputado João Campos (PSDB-GO).

Participação em suicídio

De certa forma ligada ao problemático tema do homicídio eutanásico encontra-se a previsão de punição pelo Direito brasileiro das modalidades de participação em suicídio, por meio das condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao ato. Com supedâneo em Hungria (1955, p.231), propugna-se que o suicídio é a eliminação voluntária e direta da própria vida, sendo imprescindível para sua correta configuração a intenção positiva do agente de efetivamente vir a morrer.

Tem-se afirmado que, embora não se reconheça ao ser humano a faculdade de dispor da própria vida, por evidentes razões de política

criminal, a ação de matar-se escapa à consideração do Direito Penal. Todavia, não sendo tipificada a ação de matar-se ou sua tentativa, algumas legislações, dada a relevância da vida humana para o Direito, passaram a prever uma figura *sui generis* de crime para quem, de alguma forma, concorrer para a realização do suicídio.¹⁶

Na realidade, os verbos nucleares contidos no artigo 122 do Código Penal – *induzir, instigar e auxiliar* – assumem conotação um tanto quanto estrita, querendo expressar uma atividade principal, nuclear e típica, representando a conduta proibida diretamente lesiva ao bem jurídico vida humana (Bitencourt, 2002, p.114).

Do modo exposto, quem realizar quaisquer das condutas anteriormente descritas em relação ao sujeito passivo não será partícipe, mas autor do crime de concorrer para o suicídio alheio, visto que sua atividade será principal, única, executória e essencialmente típica. Explica-se: “[...] essa *tipicidade* não decorre de sua natureza acessória, mas de sua definição legal caracterizadora de conduta proibida” (ibidem, p.114, destaque do autor).

Embora não considerado crime no nosso ordenamento, o suicídio não é um indiferente para o Direito Penal, de modo que, para reforçar o âmbito de proteção da vida humana ante a dificuldade e inocuidade de punir o ato de suicidar-se, o legislador brasileiro optou por apenar toda e qualquer participação em suicídio, seja ela moral, seja a título material.

Tipo penal de conteúdo variado, a conduta desvaliosa consiste em *induzir* (fazer surgir uma ideia inexistente, suscitar), *instigar* (animar, estimular, reforçar uma ideia preexistente) ou *auxiliar* (ajudar materialmente, prestar auxílio material). Admite, assim, tanto uma participação moral do agente, sob as formas de induzimento ou instigação ao suicídio, quanto uma participação material, consubstanciada no auxílio ao ato do suicida.

Impende destacar que todas as modalidades relativas à participação em suicídio visam a concorrer para a morte de alguém que tem

16 Em Alemanha, por exemplo, a participação em suicídio é impunível, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde constitui crime contra a vida.

o desejo de matar-se, ressalvado o caso de induzimento, no qual o indutor faz surgir no suicida a referida ideia.

A doutrina discute se o crime em apreço admite as duas formas de conduta: ação ou omissão. No que se refere à cooperação material para o suicídio, José Frederico Marques (1999, p.163) diz que a conduta é sempre comissiva, impondo um agir positivo, respondendo o omitente, se for o caso, apenas por omissão de socorro qualificada pela morte. Por sua vez, Nélson Hungria (1955, p.232) ensina que a prestação de auxílio poderia ser comissiva ou omissiva, configurando-se crime, neste caso, se houver um dever jurídico de impedir o suicídio.

A participação em suicídio seria, assim, crime comum, comissivo, excepcionalmente omissivo (na modalidade de auxílio, havendo o dever jurídico de prestá-lo à vítima), de dano, material, instantâneo de efeito permanente, doloso, de conduta ou conteúdo variado (ou plurinuclear) e plurissubsistente (Bitencourt, 2002, p.130).

Infanticídio: tipo autônomo ou homicídio privilegiado por excelência?

Também tutelando a vida humana pós-natal ou extrauterina do ser humano recém-nascido, tem causado acirrados debates entre os penalistas e outros estudiosos a previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, do tipo autônomo de infanticídio. O delito de infanticídio ocorreria quando a mãe, sob a influência do denominado estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após sua ocorrência (artigo 123 do Código Penal).

Impende ressaltar, porque certamente ligado ao tema do tratamento do embrião *in vitro*, que para a configuração do delito de infanticídio é indiferente a capacidade de vida autônoma da vítima, sendo bastante a comprovação da existência de vida meramente biológica (Cunha, 2010, p.41).

Nesse sentido, afirma-se que, ao prever o delito de infanticídio, para o qual é irrelevante a capacidade de vida humana autônoma da vítima do crime em apreço, o Direito Penal brasileiro claramente

protege a vida meramente biológica do ser humano, dispensando-a de atributos outros.

Infanticídio é, assim, o homicídio praticado pela mãe contra o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, desde que perpetrado durante ou logo após o parto. Em sede doutrinária, o delito em comento é considerado uma forma especial ou privilegiada de homicídio, considerando-se os sintomas fisiopsicológicos da mãe que o pratica (ibidem, p.41).

Para muitos doutrinadores, a previsão do delito de infanticídio como crime autônomo revela uma faceta anacrônica da nossa legislação penal. Consoante Bitencourt (2002, p.26), o infanticídio é o homicídio privilegiado por excelência, sendo o cometimento do delito sob a influência do estado puerperal uma especialíssima causa de diminuição de pena. Ou seja, o infanticídio viria a ser uma modalidade *sui generis* de homicídio privilegiado.

De forma abrangente, pode-se afirmar que, no artigo 123 do Código Penal, coexistem elementares de natureza objetiva e de natureza subjetiva, estas relacionadas com o critério adotado pelo legislador de 1940, qual seja, o sistema fisiopsicológico – traduzido no *impetus doloris* –, substituidor do *impetus pudoris*, ligado à defesa da honra da parturiente, então adotado pela lei precedente que acolhia o sistema puramente psicológico (Moura, 2005, p.47).

Assim, o estado puerperal é um elemento essencial do tipo, e sem sua concreta configuração, o delito será o de homicídio. Dessa forma, o delito de infanticídio é composto pelos seguintes elementos: matar o próprio filho; durante o parto ou logo após este; sob a influência do estado puerperal. Excluído algum dos elementos constantes nessa figura típica, esta deixará de existir, passando a ser outro o crime, em uma hipótese de atipicidade relativa.

De modo diverso, Cunha (2010, p.42) entende que o tipo de infanticídio traz a presença dos elementos cronológico (durante ou logo após o parto) e etiológico (o estado puerperal, que deve levar em conta o desequilíbrio fisiopsíquico causado pelo processo do parto).

Trata-se de crime material, que admite tentativa, de dano, plurisubistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso.

Quanto ao agente, é crime próprio, uma vez que somente a mãe do nascente ou neonato pode ser o sujeito ativo principal do delito. Essa qualificação doutrinária, porém, não afastaria o cabimento de concorrência delituosa,¹⁷ uma vez que a maioria da doutrina reconhece como possível o concurso de agentes, sob as modalidades de coautoria ou participação. A pena cominada é a de detenção, de dois a seis anos, para o delito consumado.

Parte da doutrina tem apontado para duas modalidades do mesmo crime, tendo em conta o momento da efetiva consumação do infanticídio: se durante o parto, fala-se em perinaticídio, com a morte do perinato ou ser nascente; se logo após o parto, o crime seria de neonaticídio, ocorrendo a morte do neonato ou recém-nascido (Moura, 2005, p.46-50). A divisão, entretanto, não tem maiores consequências práticas.

A tutela penal da vida pré-natal intrauterina: o abortamento e a interrupção voluntária da gravidez

Tão relevante é a questão da vida humana para o Direito Penal que a tutela por este dispensada àquela vai alcançar, inclusive, a vida humana intrauterina e ainda dependente da materna. Na esteira disso, o ordenamento jurídico brasileiro incrimina as várias modalidades de abortamento, *ex vi* dos artigos 124 a 127 do Código Penal, adotando um rigoroso sistema de indicações para as

17 A norma de extensão do art. 29, *caput*, 1ª parte, do CP, preceitua que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. De forma que quem de fato concorre para a prática do infanticídio deve submeter-se à sanção imposta para este delito. A solução, entretanto, nunca foi pacífica, e o centro da discussão situa-se na questão da comunicabilidade da elementar “influência do estado puerperal”, nos termos do art. 30 (antigo art. 26 do CP), segundo o qual “[...] não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Desse modo, transmitindo-se o elemento típico ao terceiro, responde por infanticídio; caso contrário, por homicídio.

hipóteses em que o abortamento é permitido pelo nosso Sistema Jurídico-Penal.

Sucintamente, o sistema de indicações é aquele em que as hipóteses de impunibilidade da interrupção voluntária da gravidez se dá mediante o reconhecimento de situações taxativamente descritas em lei e objetivamente controláveis perante as quais o ordenamento admite, em uma perspectiva jurídico-penal, o sacrifício da vida intrauterina em favor de outros bens jurídicos colidentes, como a saúde da gestante (Dias, 2010, p.154).

Em contrapartida, o modelo de prazos é aquele segundo o qual a interrupção voluntária da gravidez será jurídico-penalmente admissível dentro de um certo prazo da gestação, por opção exclusiva da mulher, sem o eventual controle por terceiros (ibidem, p.154).

Posto isso, passa-se à análise dos casos de abortamento previstos pelo Sistema Jurídico-Penal brasileiro.

Os delitos de aborto

Abortamento, que a legislação penal chama indevidamente de aborto, trocando a ação pelo seu produto, é a interrupção da gravidez com a destruição do fruto da concepção humana. Protege-se, aqui, a chamada vida intrauterina, pouco importando para a caracterização do crime se a gravidez ocorreu de modo natural, como resultado da cópula carnal, ou não, como efeito direto do emprego das técnicas de reprodução humana assistida (Cunha, 2010, p.44).

Segundo magistério de Bitencourt (2002, p.157), o bem jurídico¹⁸ protegido pelo crime de aborto é a vida do ser humano em formação, muito embora o produto da concepção – embrião ou feto – não seja, ele mesmo, pessoa, tampouco mera esperança de vida ou simples parte destacável do organismo materno, tendo vida

18 Quando o aborto é provocado por terceiro, aponta-se ainda no campo de proteção da norma a incolumidade da gestante, havendo aqui uma dupla subjetividade passiva: feto e gestante (Bitencourt, 2002, v.2, p.157).

própria e recebendo, na esteira disso, tratamento autônomo pela ordem jurídico-penal.

Sendo assim, é preciso frisar que o bem *vida* protegido pelo Direito Penal brasileiro prescinde do atributo jurídico de pessoa acaso conferido ao seu portador, tão grato a outros campos do saber jurídico.

Ressalte-se que para considerável parte da doutrina a previsão do delito de aborto seria reveladora do já repisado caráter amplo, progressivo e descontínuo da proteção emprestada pelo Sistema Jurídico-Penal à vida humana (ibidem, p.158, destaque do autor):

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida. A destruição dessa vida até o *início* do parto configura o *aborto*, que pode ou não ser criminoso. [...] Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

Embora se reconheça com acerto que a vida pré-natal tem início com a concepção, o crime de aborto pressupõe uma gravidez em curso e a existência de feto vivo, sendo sua morte resultado direto das manobras abortivas intentadas pelo sujeito ativo. Exigiria o tipo, assim, as seguintes condições jurídicas, listadas por Bitencourt (ibidem, p.159): dolo, gravidez, manobras abortivas e a consequente morte do feto, embrião ou óvulo.

Importa desde já esclarecer que no Ordenamento jurídico brasileiro o abortamento somente é punível a título de dolo, consistente na vontade consciente de interromper a gravidez ou consentir para tanto. Se provocado culposamente por terceiro, o agente responde por lesão corporal culposa, em conformidade com o disposto no artigo 129, § 6º, do CP. Quando causado culposamente pela própria gestante, é fato atípico, a gravitar fora da órbita penal.

Em sua obra *Medicina Legal*, o insuspeito Genival Veloso de França (1995, p.175) chega a uma abrangente definição médico-legal do aborto, conforme se colhe do trecho transcrito a seguir:

O Direito ampara a vida humana desde a concepção. Com a formação do ovo, depois embrião e feto, começam a tutela, a proteção e as sanções da norma penal, pois daí em diante se reconhece no novo ser uma expectativa de personalidade a qual não pode ser ignorada pela lei.

Andou bem o legislador quando colocou o aborto entre os crimes contra a vida.

Nosso Código difere dos conceitos inglês e canadense, para os quais constitui delito a simples manobra uterina na tentativa de fazer abortar, sem preocupar-se com a presença ou não de uma gravidez.

A destruição de uma vida intrauterina até os instantes que precedem o parto constitui crime de aborto. Assim, aborto criminoso é a morte dolosa do ovo. Entende-se por ovo, em *Medicina Legal*, o produto normal da concepção até o momento do parto.

João Bosco da Nóbrega Cunha (2009, p.61) assevera, ao seu turno, que o crime de abortamento provocado é “[...] a conduta ilícita de interrupção da fluência habitual da gravidez, ocasionando, necessariamente, a morte do feto”.

A doutrina costuma classificar os casos de abortamento nas seguintes espécies: i) *natural*: interrupção espontânea da gestação, sendo um indiferente penal; ii) *acidental*: decorrente de quedas, traumatismos e acidentes em geral, também atípico; iii) *criminoso*: previstos nos artigos 124 a 127 do CP; iv) *legal ou permitido*: previsto no artigo 128 do CP, que pode ser subdividido em *necessário* ou *terapêutico*, e *sentimental*, *humanitário* ou *ético*; v) *miserável* ou *econômico-social*: praticado por razões de miséria ou incapacidade financeira de sustentar a vida futura, não eximindo o agente de pena, de acordo com a legislação pátria; vi) *eugenésico* ou *eugênico*: praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou severas deformidades físicas,

sendo tal exculpante não acolhida pela nossa legislação, muito embora defendida por parte da doutrina; e vii) *honoris causa*: aquele abortamento realizado para interromper gravidez ocorrida fora do matrimônio, sendo fato típico e ilícito de acordo com a lei brasileira (Cunha, 2010, p.44).

Ressalte-se que nosso Estatuto Penal, na sua Exposição de Motivos, foi claro ao incriminar de modo expresso o abortamento eugenésico ou eugênico. Referida solução político-criminal recebeu críticas de Bitencourt (2002, p.168-9), segundo quem “[...] o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”. Para o penalista, não obstante a vedação, a gestante que provoca o autoaborto ou consente que terceiro lho pratique nessas condições agiria indubitavelmente amparada pela excludente de culpabilidade *inexigibilidade de conduta diversa*.

Importa ressaltar que, assim analisado o tipo de aborto, o uso de embriões extrauterinos para pesquisas terapêuticas claramente não se confunde com o referido delito por faltar, no primeiro caso, a presença da gravidez ou gestação em curso, ainda que sobrevenha a destruição do óvulo fecundado em laboratório.

O tema aborto eugênico ou eugenésico, entretanto, gerou acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, de certa maneira relacionadas ao abortamento de fetos comprovadamente anencefálicos e, consoante o estágio atual das ciências médicas, portadores de uma patologia considerada incompatível com a vida extrauterina.

Abortamento e anencefalia

Conforme anteriormente mencionado, complexo, tormentoso e divergente tem sido o tratamento jurídico-penal dispensado pela doutrina e pela jurisprudência ao abortamento de fetos anencefálicos – alguns, até mesmo para minimizar de antemão o caráter supostamente ilícito da conduta, têm preferido falar em antecipação ou operação terapêutica de parto de feto anencefálico.

Importa esclarecer o que se entende por anencefalia. Trata-se de uma malformação congênita consistente em um defeito do tubo neural do feto ou embrião que resulta na não formação do córtex e dos hemisférios cerebrais. O cérebro dos portadores dessa patologia é composto apenas de resíduos do tronco encefálico, o que permite a manutenção de algumas funções vitais, como a respiração e os batimentos cardíacos. De outra banda, não há, porém, a formação do sistema nervoso central, que é o órgão responsável pela consciência, pela comunicação, pelo pensamento e pelas emoções na espécie humana.

Demais disso, esclarece Minahim (2005, p.119) que, muito embora a expressão sugira a ausência de encéfalo no feto, o que ocorre, em uma perspectiva médica, é a formação inacabada deste, de maneira que:

Esta porção de tronco encefálico existente permite que diversas funções que lhe incubem possam ser cumpridas, tais como: movimento dos olhos e da boca, transmissão de mensagens sensoriais (inclusive dor), fome, respiração espontânea, temperatura corporal, tosse, vômitos e deglutição. A permanência desses reflexos, ou de alguns deles, é que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia, segundo os critérios médico-biológicos vigentes.

A despeito da polêmica que a questão encerra, notadamente multidimensional, na prática de nossos tribunais alguns juízes vinham permitindo tal modalidade de abortamento, embora não contemplada no já mencionado sistema de indicações adotado pelo Código Penal brasileiro, desde que fossem respeitadas algumas condições criadas pela atividade jurisprudencial: i) somente as anomalias incompatíveis com a vida extrauterina poderiam ensejar a autorização; ii) a anomalia deveria estar devidamente atestada em perícia médica; e iii) exigia-se prova do dano psicológico eventualmente sofrido pela gestante de feto anencefálico.¹⁹

19 Cf., a propósito, RT 791/581 e RT 756/652.

No campo da doutrina, por sua vez, Rogério Sanches Cunha (2010, p.51) alerta que se tem apelado para uma espécie de analogia com a concepção jurídica da morte dada pela Lei de Transplantes na tentativa de eventualmente legitimar essa espécie de abortamento, aproximando-a do fato atípico:

A doutrina, ao que parece, procura legitimar essa espécie de abortamento (feto anencefálico), valendo-se de um contorcionismo jurídico alcançado pela interpretação sistemática com a Lei 9.434/97, que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Ora, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte (não vida), feto anencefálico não tem vida intrauterina, logo, não morre juridicamente (não se mata aquilo que jamais viveu para o direito). A operação terapêutica caminha, desse modo, para a atipicidade.

Consoante o escólio de João Bosco da Nóbrega Cunha (2009, p.59), em dissertação defendida na Unesp sob o título *Bioética e anencefalia*, a maioria maciça das definições de abortamento por ele colacionadas tem como traço comum do delito em apreço “[...] a indispensável morte do produto da concepção”. Decorre daí, para Nóbrega Cunha (ibidem, p.59-60, destaque do autor), que o Ordenamento pátrio vai exigir a viabilidade da vida intrauterina para a configuração do crime de aborto, *verbis*:

Insta mencionar, ainda, apesar de os autores citados não fazerem a ressalva de que, para ocorrência do abortamento, a vida ceifada deve, necessariamente, ser viável, que a própria menção da palavra **vida** traz inerente a noção de sua viabilidade, pois do contrário não há que se cogitar da existência de vida.

No entender do já citado Nóbrega Cunha (ibidem, p.76-80), como o anencéfalo é incapaz de desenvolver atividades cerebrais cognitivas, seria clinicamente possível demonstrar a inexistência de vida nestes fetos, uma vez que “os fetos portadores de anencefalia

possuem um eletroencefalograma quase linear, muito semelhante ao de indivíduos com morte encefálica”. Ressalte-se, no entanto, que referida conclusão só foi possível depois que o autor aplicou à vida, por uma espécie de analogia às avessas, o momento juridicamente definido de morte, no nosso Ordenamento, como a cessação das atividades encefálicas: “[...] o início da vida humana é o momento diametralmente oposto ao do início da morte, já que ambos os termos são antagônicos” (ibidem, p.70). Consequentemente, para Nóbrega Cunha (ibidem, p.73, destaque do autor):

É possível, a *contrario sensu*, concluir que o início da vida humana no ordenamento jurídico pátrio se dá com o início das ondas eletroencefalográficas (atividade elétrica cerebral) após a formação do sistema nervoso superior, por volta da oitava semana de gravidez.

Também para o Conselho Federal de Medicina, em conformidade com o texto da Resolução 1.752, de 8 de setembro de 2004, os fetos portadores de anencefalia seriam “natimortos cerebrais”, por lhes faltarem os hemisférios cerebrais.

Muito se tem discutido a respeito da tipicidade ou atipicidade do abortamento de feto anencefálico. Entre os que pugnam pelo caráter lícito de referida modalidade de abortamento, cite-se o penalista Cezar Roberto Bitencourt (2008, on-line), segundo quem esta deve ser uma faculdade da gestante, que, optando pela antecipação do parto, deveria ficar imune ao alcance do penalmente proibido. Isso ocorreria porque, muito embora essa modalidade de abortamento não esteja expressamente autorizada pelo Código Penal brasileiro de 1940, sua atipicidade decorreria implicitamente do próprio sistema de indicações ali contido, posto que “[...] o Direito Penal – não se ignora essa realidade – é um fenômeno histórico-cultural que se submete permanentemente a um interminável processo de ajustamento de uma sociedade dinâmica e por natureza transformadora”.

Considerando o aborto anencefálico uma hipótese médica de interrupção seletiva da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina, e tendo em conta que a morte legal é a morte

cerebral, a expulsão voluntária antecipada de feto portador de anencefalia seria atípica para o jurista. Ainda que no escalão posterior da culpabilidade, referido abortamento se justificaria, para Bitencourt (ibidem, on-line), ante a inexigibilidade de conduta diversa, que atuaria como causa excludente daquele juízo de reprovação social ao agente imputável e conhecedor do caráter ilícito de sua conduta.

Também para Paulo César Busato (2005, p.380), deve-se ao menos admitir o aborto por anencefalia fetal, ainda que a título de causa supralegal de justificação, antes de adentrar a questão acerca da eventual tipicidade material da conduta em apreço. Com apoio em Roxin, ele assevera que o momento das causas de justificação é o espaço de contraposição de valores, é o âmbito da solução social de conflitos no qual se ponderam interesses individuais conflitantes entre si, ou necessidades sociais globais em choque com as individuais.

Justamente por tal motivo, Busato (ibidem, p.387) defende, em paralelo ao aborto sentimental, que “[...] situações de idêntica aflição, como no caso, devem merecer idêntico tratamento de parte do direito, tratando-se ambas como situações justificadas” de abortamento. Com respaldo em Assis Toledo, para quem as causas de justificação se expandem para além das legais, tem-se na situação do abortamento de feto portador de anencefalia uma causa supralegal de exclusão de ilicitude.

Já no plano da tipicidade material – não haveria tipicidade penal sem que a conduta seja materialmente típica e capaz de lesionar ou expor a perigo o bem jurídico tutelado pela norma –, ausente para o autor o bem *vida intrauterina* no feto anencefálico, este aborto é desprovido do requisito da tipicidade material, sendo, portanto, atípica a conduta. Dessa feita, “[...] a expulsão do ventre do feto anencéfalo é um indiferente penal” (ibidem, p.394-6).

Também para Luiz Flávio Gomes (2006, on-line), a questão do abortamento de fetos anencefálicos é de tipicidade penal, mais precisamente de tipicidade material, que exigiria três níveis de juízo valorativo distintos: 1º) juízo de desaprovação da conduta; 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico; e 3º) juízo de imputação

objetiva do resultado. Consoante Gomes (ibidem), “[...] o aborto anencefálico elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material) porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada – não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação”.

Consoante o escólio de Fernando Andrade Fernandes (2009), na questão do abortamento de feto anencefálico, revela-se, nada obstante, problemática a declaração de atipicidade (material) dessa modalidade de aborto quando se faz uma direta referência ao bem jurídico-penal *vida*. No entendimento de Fernandes (2009, p.26),

[...] enquanto a proteção penal do feto estiver ligada ao bem jurídico vida humana, diversamente de ser uma expressão autônoma da dignidade humana, e pendente a insolúvel discussão acerca da existência e do começo da vida, mesmo em se tratando de um ente que não teve o cérebro constituído ou o teve mal constituído, não se poderá falar de atipicidade, formal ou material, da conduta de interrupção da gravidez sendo o feto anencefálico.

Mencionada conclusão, no entanto, não conduz ao reconhecimento inequívoco da relevância penal das condutas praticadas em relação a este feto, mas impõe a premente necessidade de se refletir melhor acerca da assertiva de que o assunto se resolveria, de forma rasa, no plano da própria tipicidade penal, devendo a questão ser então remetida a estágios posteriores da teoria do delito (ibidem, p.26).

Com apoio em Jürgen Wolter, uma alternativa dogmaticamente viável para o deslinde da questão seria incluir o caso no rol daqueles em que ocorreria uma causa de exclusão do injusto de caráter jurídico-constitucional, de cunho processual, com a vantagem de que não se verificaria de manifesto uma aprovação ético-jurídica à conduta do abortamento de feto anencefálico (“uma legitimação mediante um processo de consultas”) (ibidem, p.26).

No outro extremo do debate, Frediano Momesso Teodoro (2008) defende que o aborto de feto portador de anencefalia é caso

de abortamento eugênico, devendo ser tratado pela ordem jurídico-penal como delito qualificado pelo preconceito ou discriminação.

Referida discussão sobre o abortamento de fetos anencefálicos chegou aos tribunais superiores em meados do ano de 2004. Instado a se manifestar sobre o caso, o Supremo Tribunal Federal, por meio do ministro relator Marco Aurélio de Mello, concedeu liminar em ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o suposto direito constitucional de as gestantes de fetos anencefálicos optarem pela antecipação terapêutica do parto, condicionando a interrupção da gravidez a prévio laudo médico. A decisão suspendeu, ainda, todos os processos semelhantes que ainda estavam em andamento nas comarcas e tribunais brasileiros.

Referida liminar foi concedida nos autos da ADPF n. 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2012.

A ADPF n. 54 e o Supremo Tribunal Federal

Na ADPF n. 54, a parte autora argumentava que a antecipação de parto de fetos portadores de anencefalia, anomalia incompatível com a vida extrauterina, não configuraria o crime de aborto tipificado pela Parte Especial do Código Penal brasileiro. Segundo a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o pedido inicial visa à declaração de inconstitucionalidade da interpretação do conjunto normativo formado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal como impeditiva da antecipação do parto em casos de gravidez de feto portador de anencefalia, diagnosticados por médico habilitado. De modo complementar, afirma que a interpretação extraída de tais artigos no sentido de proibir referida conduta, nas hipóteses específicas de fetos anencefálicos, violaria os preceitos fundamentais contidos nos artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), artigo 6º, *caput*, e artigo 196 (direito à saúde), todos da Carta Política de 1988.

Ao decidir em sede de liminar, reconhecendo em decisão provisória o “[...] direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos”, o ministro Marco Aurélio de Mello aduziu que, “[...] diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar” (Brasil, on-line).

Ainda conforme o ministro relator, “[...] no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%” (ibidem), evidenciando os dados que em mais de metade dos casos o feto portador de tal deformidade morre ainda dentro do útero materno. O ministro Marco Aurélio de Melo (ibidem) enfatizou, por ocasião da concessão da medida liminar, que:

Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade.

Para Rogério Sanches Cunha (2010, p.50-1), no entanto, não obstante o ministro Marco Aurélio tenha acatado o argumento de que a antecipação desses tipos de parto não configuraria o aborto criminoso, deixou ele de explicar, porém, a natureza jurídica dessa permissão – se causa de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade.

A ADPF, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, foi protocolizada em 17 de julho de 2004, sendo concedida a mencionada liminar em 1º de julho daquele ano. Em 20 de outubro de 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) – deliberando acerca da medida liminar concedida – referendou a primeira parte da decisão, no que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões ainda não transitados em julgado, vencido o ministro Cezar Peluso. Na mesma

ocasião, por maioria, o Tribunal revogou a decisão, na segunda parte, quando reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de feto anencefálico, vencidos o relator e os ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Logo em seguida, diante de questão de ordem levantada pela Procuradoria Geral da República, o STF, também por maioria dos votantes, decidiu pelo cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para o enfrentamento do tema. O ministro relator designou então datas para a realização de audiências públicas, feitas entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro de 2008.

Realizadas as audiências, a Advocacia Geral da União opinou pelo acolhimento do pedido inicial da autora, aduzindo que a escolha da gestante pela antecipação do parto estaria amparada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, e pelo direito à saúde.

Nos mesmos autos, em 6 de julho de 2009, a procuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (Brasil, on-line), em entendimento diverso ao esposado pelo ex-procurador Cláudio Fonteles, manifestou-se pela total procedência da ação,

[...] para que seja dada interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Penal indicados na petição inicial, de forma a declarar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da exegese de tais preceitos que impeça a realização voluntária de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, desde que a patologia seja diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter a este procedimento sem a necessidade de prévia autorização judicial ou de qualquer outro órgão estatal.

No entendimento da procuradora, seria pertinente a já mencionada analogia entre a situação do anencéfalo e a do paciente que teve diagnosticada sua morte cerebral, caso em que pode ser realizada a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de

transplantes, nos termos do art. 3º da Lei Federal n. 9.434/1997. Considerando, ainda, o anencéfalo um “natimorto cerebral”, na esteira do que entende o Conselho Federal de Medicina (CFM), a antecipação do seu parto não poderia ser equiparada ao aborto eugênico, que pressupõe a viabilidade da vida extrauterina do feto, ainda que ele seja portador de uma grave deformidade ou doença.

Desde então, após mais de seis anos da data da protocolização, a referida ADPF estava pendente de julgamento pela nossa Corte Constitucional. Em fevereiro de 2011, o relator do caso, ministro Marco Aurélio, determinou que fossem remetidas cópias do relatório aos demais membros do STF, requerendo a inclusão da ação na pauta de julgamento.

Em 12 de abril de 2012, por maioria dos votos, o STF julgou procedente a referida Arguição, assentando em seu acórdão que:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).²⁰

20 Na ocasião, o STF, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (presidente), que a julgavam improcedente. Impedido, no julgamento, o ministro Dias Toffoli.

Não se pode olvidar, no entanto, que o tema da anencefalia encontra-se intimamente relacionado ao tratamento jurídico a ser dispensado ao embrião humano extrauterino, esse já definido pelo Supremo no ano de 2008: ambos os assuntos tocam na intrigante questão acerca do marco inicial da vida humana, e das qualidades que a caracterizam enquanto objeto da mais importante forma de tutela dispensada pelo Direito. Com efeito, em entrevista concedida à revista *Veja*, em 3 de setembro de 2008, o ministro Marco Aurélio de Mello declarou que “[...] embora a decisão a favor do uso de células-tronco tenha sido apertadíssima (6 votos contra 5), representou uma abertura do Supremo. Por isso, acredito que agora (no julgamento da ADPF 54) a Casa aprovará a interrupção da gestação de anencéfalos” (Lopes, 2008, p.75-6).

Em seu voto, o relator Marco Aurélio (Brasil, on-line) voltou a se referir ao julgamento anterior do STF relativo à Lei de Biossegurança, assentando que, naquela ocasião, quando enfrentou o espinhoso tema da questão do princípio da vida, a Corte Constitucional havia aclarado o caráter não absoluto do direito à vida no nosso ordenamento:

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar que a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

Ao se referir à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o relator destacou que o caso tinha contornos diferentes daquele relativo às células-tronco embrionárias, negando qualquer possibilidade de se invocar o direito à vida ante o diagnóstico de anencefalia.

Para Mello (idem, on-line), anencefalia e vida são termos antitéticos, de maneira que o feto anencéfalo não tem expectativa nem é ou

será titular de qualquer direito à vida. Desta feita, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configuraria crime contra a vida, sendo a conduta certamente atípica: “[...] o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal” (idem, on-line).

Inexistindo, para o relator da ADPF n. 54, qualquer potencialidade para o feto portador de anencefalia tornar-se pessoa humana, não haveria justificativa para conferir-lhe tutela jurídico-penal, equiparando a interrupção dessa gestação ao crime de aborto, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher.

Em sentido contrário, em voto vencido por ocasião do julgamento relativo ao feto anencefálico, o então ministro Cezar Peluso procurou demarcar a diferença entre o caso da ADPF n. 54 e aquele discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que discutiu o uso de embriões humanos excedentes das técnicas de reprodução em pesquisas científicas: “[...] Tinha-se, ali, a figura do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. A ideia de vida humana, qualquer que seja sua concepção, estava, portanto, completamente afastada daquela *quaestio iuris*, pois ausente o fenômeno do processo vital que a caracteriza” (idem, on-line).

Naquele julgamento, a espinha dorsal do voto de Peluso, no caso das células-tronco, foi, destarte, a ausência de vida no material embrionário congelado, embora se revestisse este de alguma dignidade constitucional própria, que lhe reconheceu então. Para ele, as células-tronco embrionárias isoladas não contêm vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra (idem, on-line).

Já no que diz respeito aos fetos anencéfalos, Peluso (idem, on-line, destaque do autor) assentou em seu voto divergente que:

[...] **Todos** os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento –

são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autôgeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente.

E arrematou o então ministro do STF:

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem [ser] classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico”. (idem, on-line)

3

TUTELA PENAL DA VIDA EXTRAUTERINA

Embrião humano *in vitro* e Direito Penal contemporâneo

Realidade trazida ao mundo fático e à ordem jurídica com o advento das novas técnicas de reprodução humana assistida, a existência de embriões humanos congelados em laboratório é uma questão da qual o Direito Penal não pode se furtar. Antes escondido e alheio ao toque humano, o embrião trazido para fora do útero pelas modernas técnicas reprodutivas tem despertado questionamento e problemas de tal monta que Jean Carbonier, citado por Eduardo de Oliveira Leite, visualiza nesta questão uma verdadeira divisão de consciências. No entender de Leite (1996, p.123):

Justamente porque o embrião é humano, e porque da sua viabilidade decorre a viabilidade da espécie humana, em outras palavras, porque ele é humano e se inscreve, quer na sua origem, quer no seu destino, no interior de uma história especificamente humana, o estatuto do embrião humano nunca foi tão debatido, tão questionado e tão contestado como no momento atual.

Quanto a este reivindicado estatuto, detectam-se, em síntese, três principais posições: duas radicais ou extremistas, e uma terceira, intermédia, que busca um posicionamento de equilíbrio entre os excessos das anteriores. Para uma primeira corrente, o embrião humano seria, desde a concepção, pessoa humana igual a qualquer outra, posto que dotado de autonomia genético-biológica (corrente ou teoria concepcionista). Nesta perspectiva é que o Código Civil brasileiro falaria em nascituro, devendo o embrião humano gozar de proteção jurídica desde o início da sua existência, quer seja *in utero*, quer *in vitro*. Para tal corrente, o conceito é considerado sujeito de direitos, reconhecendo-se a ele o caráter de pessoa no coincidente momento da fecundação dos gametas. Essa teoria reconhece ao embrião um direito à existência, sendo a interrupção desta vida hipótese configuradora do crime de homicídio (ibidem, p.124).

No outro extremo, uma segunda corrente – chamada genético-desenvolvimentista – vê no embrião humano, nas primeiras fases de sua existência biológica, um mero amontoado de células, de maneira que “[...] os defensores desta teoria visualizam no embrião um ‘antes’ e um ‘depois’ na aquisição da dignidade humana, o que é difícil de aceitar no mundo jurídico” (ibidem, p.124). Para essa corrente de pensamento, há uma lógica de diferenciação máxima entre o embrião e a criança, e as etapas anteriores ao aparecimento da pessoa – zigoto, mórula, embrião e feto – não seriam aptas a gerar qualquer prerrogativa ou possibilidade de direitos, embora tais etapas sejam possuidoras de alguma dimensão ética que cumpriria ao direito acatar (ibidem, p.126).

Já para a terceira corrente, chamada eclética, o embrião humano seria dotado de um estatuto específico e irreduzível que lhe é próprio, sendo provido de uma autonomia embrionária e antevisto como uma potencialidade de pessoa. Para seus adeptos, o fator determinante da humanidade que se procura no embrião é, justamente, o processo de gestação humana (ibidem, p.128-30).

Sem procurar dar respostas definitivas ao problema, mas, antes, apontar para sua existência, impende, desde já, buscar soluções para dois questionamentos de fundamental relevância: a) o embrião *in*

vitro participa, e até que ponto, da proteção da dignidade da pessoa humana?; e b) para além da dimensão axiológica da dignidade atrás referida, há alguma forma de vida humana jurídico-penalmente tutelável no embrião *in vitro* mantido em laboratório antes de este vir a ser implantado no útero materno, quando teria início o processo da gestação?

É o que se abordará nos tópicos subsequentes.

Embriões humanos *in vitro* e pesquisas científicas

Já se falou da importância que vem sendo dada pela comunidade científica ao emprego de embriões *in vitro* nas pesquisas que almejam o desenvolvimento da chamada terapia celular (ver item “Células-tronco, células tronco embrionárias e terapia celular”, no Capítulo 1). Nesse contexto, ao permitir o uso regrado de embriões excedentários em pesquisas científicas, o artigo 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança de 2005 criaram três categorias legais de embrião *in vitro*, sendo elas: i) os inviáveis; ii) os viáveis e disponíveis para pesquisa; e iii) os indisponíveis para pesquisa científico-terapêutica.

Inviáveis, nos parâmetros da citada legislação, são os embriões tratados pelo artigo 3º, inciso XIII, do Decreto n. 5.591, de 2005, que regulamentou a Lei de Biossegurança em vigor. Em conformidade com tal dispositivo regulamentar, embriões inviáveis são aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas do Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem¹ após período superior a 24 horas a partir da fertilização *in vitro* (FIV), ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

1 Dá-se o nome de clivagem ao processo espontâneo de divisão celular que ocorre no zigoto, organismo unicelular, e no embrião.

Referido conceito legal de inviabilidade tem merecido repetidas críticas dos doutrinadores pátrios. Nessa linha de argumentação, Judith Martins-Costa, Márcia Fernandes e José Roberto Goldim (2007, p.239) apontam que mencionado decreto regulamentador, que deveria aclarar definitivamente tal conceito de inviabilidade, acabou, em contraposição, por acentuar as imprecisões já contidas anteriormente na lei federal:

Como exemplo está o critério (utilizado para caracterizar a inviabilidade) da não ocorrência de divisões celulares espontâneas no período de 24 horas após a fecundação. Ora, se estas células não são capazes de se dividir, também não teriam utilidade para fins de geração de células-tronco embrionárias, justamente por não se dividirem! Outro exemplo está no critério utilizado no art. 3º, inc. XIII, qual seja, a presença de alterações morfológicas: a legislação deveria ao menos indicar o tipo ou magnitude das mesmas, sabendo-se que várias alterações genéticas são plenamente compatíveis com a vida normal. A Portaria 2.526/05, do Ministério da Saúde, em seu art. 2º, ao tentar esclarecer a questão, mantém a mesma ambiguidade já presente nos documentos legislativos aos quais faz referência, pois estabelece que o diagnóstico visa detectar “doenças genéticas”, sem tipificá-las.

Bianca da Silva Alves (2010, p.88) também aponta para o uso funcional que se tem buscado imprimir à noção de inviabilidade: “[...] o termo inviabilidade tem sido empregado para qualificar embriões que não serão destinados à implantação no útero materno, ou seja, os supranumerários”. Tal inviabilidade funcional, no entender da autora, teria o condão de criar, inadvertidamente, uma especial categoria de embriões que, muito embora biologicamente vivos, estariam moralmente mortos e suscetíveis de destruição para a retirada e posterior aproveitamento de suas células-tronco.

Em sentido diverso, o autor Vladimir Salles Soares (2007, p.655) entende que o conceito de viabilidade encerrado no mencionado dispositivo legal é eminentemente de caráter biológico,

devendo ser entendida a inviabilidade como a ausência de condições estruturais do embrião pré-implantatório para desenvolver-se em processo gestacional até atingir outros estágios de desenvolvimento humano.

Para além dos inviáveis, a lei dispõe sobre os embriões que, embora viáveis para fins reprodutivos, estariam disponíveis para pesquisas, uma vez cumpridos os requisitos do artigo 5º da vigente Lei de Biossegurança. Assim, quanto ao conceito de disponibilidade, o legislador recorreu ao aspecto temporal do congelamento de tais embriões, dispondo que, uma vez congelados até a data de publicação da referida legislação, estarão disponíveis para pesquisas, uma vez decorrido o lapso de pelo menos três anos da sua crioconservação.

Por fim, os embriões excedentários congelados após o dia 28 de março de 2005, data da publicação da mencionada lei, estão, inexoravelmente, indisponíveis para o emprego em pesquisas, em conformidade com a atual redação da Lei de Biossegurança.

A solução temporal encontrada pelo legislador não passou imune à crítica doutrinária. Em verdade, como preconizam Judith Martins-Costa, Márcia Fernandes e José Roberto Goldim (2007, p.239), “[...] é importante que se diga que não existe qualquer critério científico que embase o estabelecimento de três anos (e por que não dois, ou quatro?) para justificar o descarte de embriões”.

Ainda consoante Bianca da Silva Alves (2010, p.89), considerado o regramento dispensado ao tema, “[...] o que decidirá o futuro dos embriões excedentes será a possibilidade ou não de integrarem o projeto parental dos doadores e a data do respectivo congelamento, já que os embriões são tratados pelo legislador como propriedades destes [genitores]”.

Para Gisele Mendes de Carvalho (2007a, p.167), o marco temporal de três anos escolhido pelo legislador evidenciou que, com o advento da Lei Federal n. 11.105/2005, pretendeu-se dar uma resposta apressada a um problema já antigo e ainda não equacionado pelo Direito: o de milhares de embriões congelados nas clínicas de reprodução humana assistida, olvidando-se, entretanto, que esta é uma solução provisória e incompleta que não vai resolver o

recorrente problema dos embriões que serão congelados no futuro e que não poderão ser utilizados nas pesquisas científicas de cunho terapêutico.

No entendimento dessa autora (*ibidem*, p.167), todos os embriões supranumerários, congelados antes ou depois da publicação da Lei de Biossegurança, com independência de sua idade embrionária ou de sua viabilidade biológica, deveriam ser disponibilizados para investigação, sem que fossem estabelecidas outras restrições senão o prévio consentimento dos genitores e a observância de condições impostas pela própria ética médica, como a inexistência de alternativas mais viáveis e o emprego do menor número possível de embriões nas referidas pesquisas.

Tal Lei 11.105, segundo Minahim (2005, p.176), parece destinada desde seu nascedouro a cumprir uma função meramente simbólica no ordenamento pátrio, em razão, sobretudo, da dificuldade de interpretação e da conseqüente subsunção das condutas vedadas aos correlatos tipos penais.

A ADI 3.510-DF e o Supremo Tribunal Federal

Instaladas as mencionadas divergências em plano doutrinário, em maio de 2005, tão logo entrou em vigor o citado diploma legal (Lei Federal n. 11.105/2005), a Procuradoria Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) impugnando o artigo 5º e seus parágrafos da nova Lei de Biossegurança. Para o autor da ação, o então procurador Cláudio Lemos Fonteles, a norma impugnada violaria os princípios da dignidade da pessoa humana² e da inviolabilidade da vida, assegurados pela Constituição da República de 1988.

Nuclear na referida ação é a tese esposada pelo então procurador de que a vida humana aconteceria na e a partir da concepção, ou

2 Muito embora se entenda que a dignidade da pessoa humana é valor, sobrepondo-se aos princípios encartados na Constituição da República de 1988, como alhures mencionado (ver item “Dignidade humana e Estado de Direito brasileiro”, no Capítulo 1).

seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Dito de outro modo, para o autor, a tutela constitucional da vida humana abarcaria toda forma de vida pré-natal após a fecundação dos gametas, para alcançar, na esteira disso, inclusive os próprios embriões congelados em laboratório.

Em decorrência, quaisquer pesquisas com células-tronco embrionárias, cuja retirada necessariamente resulta na destruição daqueles embriões *in vitro*, estariam proibidas pela Carta Política de 1988. Por conseguinte, o artigo da Lei de Biossegurança assim impugnado restaria maculado de incontornável inconstitucionalidade, devendo ser retirado do ordenamento jurídico. O autor da ação argumentou que os dispositivos impugnados contrariam “[...] a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e fazem ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (Brasil, on-line).

Em síntese, o subscritor da ação sustentou que: i) a vida humana acontece na e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; ii) o zigoto, constituído de uma única célula, é um “ser humano embrionário”; iii) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente adequado ao seu desenvolvimento; e iv) a pesquisa com células-tronco adultas é objetivamente mais promissora do que as pesquisas com células-tronco obtidas de embriões humanos.

A referida ação de inconstitucionalidade foi manejada para se contrapor a todos os dispositivos contidos no artigo 5º da legislação de Biossegurança (idem, 2005, on-line), cujo teor é mister reproduzir:

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.

§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (“Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).

No curso do processo, a Procuradoria Geral da República, reforçando os argumentos elencados na petição inicial da ADI 3.510, ofereceu parecer posterior no qual sustentava, resumidamente, que: i) o conceito jurídico do início da vida humana não se esgota no campo do direito civil; ii) o direito civil, parte do sistema jurídico, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e negocial que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão para que as relações interpessoais aconteçam; iii) o direito constitucional também se ocupa do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental, porque, ao exigir sua proteção como inviolável, expressamente no art. 5º, *caput*, considera a vida em si e convoca o STF a definir o momento do início da vida; iv) a petição inicial da mencionada ação, calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica, sustenta que há vida desde a concepção para que se preserve sua inviolabilidade; e v) não há contradição entre o direito à vida nos planos constitucional e civil, devendo tal direito ser amplamente garantido e preservado desde a fecundação.

Especificamente no que diz respeito ao aspecto jurídico-penal, importa analisar alguns pontos relevantes. Conforme a Procuradoria Geral da República, a fecundação é o marco inicial da vida e

o zigoto dela resultante, já um ser humano embrionário. Como as células-tronco são extraídas da massa celular interna do blastocisto, acarretando inevitavelmente a destruição desse embrião, seu uso em pesquisas científicas seria ato que atentaria contra o bem jurídico-penal vida humana, o mais valioso para nosso ordenamento.

Muito embora o então procurador Cláudio Fonteles tenha feito expressa menção ao valor da dignidade da pessoa humana na referida ação – defendendo, inclusive, que o uso de diferentes termos para designar diversas etapas da vida humana após a concepção não lhes confere diferentes dignidades –, toda a defesa da inviolabilidade do embrião *in vitro* é feita, na petição inicial da ADI 3.510, com referência direta ao direito à vida humana. Não obstante isso, deve-se consignar, desde já, que o Sistema Jurídico-Penal pode proteger diferentemente, como de fato o faz, as diversas manifestações dessa mesma dignidade humana e as múltiplas formas de lesão a elas.

De fato, tal opção do autor da ação parece ter direcionado todo o posterior debate acerca do tema para a definição do marco inicial da vida humana pelo ordenamento pátrio, restando secundária a relevante – senão primordial – questão da preservação da dignidade da pessoa humana, ela mesma um valor topograficamente anterior³ à própria garantia constitucional da inviolabilidade da vida.⁴

Proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade em 30 de maio de 2005, foi escolhido relator o ministro Carlos Ayres de Brito, que, no decorrer do ano de 2007, promoveu audiências públicas para ouvir a comunidade científica sobre a questão, atendendo a um pedido da própria Procuradoria Geral da República. Feitas as audiências públicas, o caso foi a julgamento no período compreendido entre março e maio de 2008, tendo transitado em julgado tão somente em agosto de 2010, após a publicação oficial do inteiro teor do acórdão (Anexo A).

Por ocasião do julgamento em tela, o STF decidiu que a permissão de pesquisas científicas terapêuticas com células-tronco

3 Art. 3º, inciso III, da CR88.

4 Art. 5º, *caput*, da CR88.

obtidas de embriões humanos, uma vez respeitados os parâmetros traçados pela Lei de Biossegurança, não ofenderia a garantia da inviolabilidade da vida humana, nem atentaria contra a preservação da dignidade da pessoa.

Isso porque o Supremo entendeu que o embrião humano *in vitro*, assim compreendido aquele embrião não implantado nos procedimentos de reprodução assistida, não reuniria os atributos jurídicos e morais bastantes para ser alçado à condição de pessoa humana para fins de proteção, notadamente a jurídico-penal.

Por ocasião do julgamento, e nos termos do voto proferido pelo relator, pugnou-se pela existência de embrião de pessoa humana, mas pelo não reconhecimento da categoria de ser humano embrionário, conforme defendido pela Procuradoria Geral da República, autora da ação de inconstitucionalidade.

A decisão tomada pela Corte constitucional brasileira, entretanto, não foi unânime.⁵ O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a precitada ação direta de inconstitucionalidade, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os ministros Cezar Peluso, Gilmar Ferreira Mendes, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Alberto Menezes de Direito. Votaram, em outra ponta, pela total improcedência da ação, os ministros Carlos Ayres de Brito, Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

No acórdão proferido sobre o tema (Brasil, on-line), decidiu-se por fim que:

A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do

5 Cf., nesse sentido, os Apêndices A e B do presente livro.

pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.

Um dos votos mais densos foi o proferido pelo ministro Cezar Peluso (*idem*, on-line), que, embora não conferindo ao embrião extrauterino um autônomo direito à vida, enxergou nele o “atributo de humanidade” que o faz merecedor de uma dignidade própria e de uma específica tutela enquanto matriz da vida humana. Conforme o ministro, ainda que não dotado de vida passível de tutela constitucional, referidos embriões corporificam o patrimônio genético humano. Ou, dito de outro modo, tais entes detêm a posse desse “material genético de pessoa”.

Dessa forma, em seu voto, Peluso (*idem*, on-line) tentou dissociar a tutela do embrião *in vitro* do direito à vida, aproximando-a, no entanto, da referência ao valor (que ele chamou de primado) da dignidade da pessoa humana e das suas expressões genéticas.

No mesmo sentido, o ministro Eros Grau (*idem*, on-line) conferiu ao embrião o *status* de “portador de parcela da humanidade”, mas pugnou que o extrauterino, impropriamente chamado pela Lei de Biossegurança de embrião, encontra-se alheio a qualquer processo vital eventualmente em curso, não havendo vida humana no óvulo fecundado que se encontra fora do útero feminino.

Também a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (*idem*, on-line) considerou em seu voto que as células-tronco embrionárias são as matrizes humanas, porque portadoras de material genético humano, o que as tornaria credoras da dignidade da humanidade, contida na ética da espécie, cuja dimensão teria restado ampliada pelo advento das tecnociências. Consoante a ministra, com o extravasamento desse valor dignidade, a espécie humana deve ser tomada em sua integralidade, para além do indivíduo singularmente considerado.

Na linha de argumentação que se defende, o ministro Gilmar Mendes (*idem*, on-line) asseverou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que se refere ao embrião *in vitro*, relaciona-se com a própria identidade da espécie humana, sendo o bem jurídico tutelado pelo

complementar artigo 24 do mesmo diploma legal a “identidade do ser humano”.

No mesmo sentido, o ministro Ricardo Lewandowski (idem, on-line) consignou a tese de que o tema do artigo 5º da LBS guarda relação direta com a possibilidade técnica de manipulação do patrimônio genético da humanidade. Conforme ele, na atual sociedade tecnológica, ante o avanço da Bioengenharia, o patrimônio genético da humanidade passou a constituir um direito fundamental de quarta geração ou dimensão. Justamente por isso o debate travado por ocasião da ADI 3.510 deveria “[...] centrar-se no direito à vida entretido como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano” (ibidem).

O ministro Carlos Alberto Menezes de Direito (idem, on-line), ao seu turno, entendeu na ocasião que o embrião extrauterino era uma naturalmente vocacionada individualidade genética, mesmo quando gerado por meio da FIV. Para ele, no entanto, justamente por serem vocacionados à vida, os embriões excedentários da fertilização artificial seriam credores de um direito à dignidade, sendo o bem jurídico *vida* que regulará a proteção acaso merecida por esse ente embrionário.

Muito embora a petição inicial da referida ADI tenha se restringido ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, o tratamento especificamente jurídico-penal do embrião *in vitro* e do patrimônio genético humano vem dado pelos artigos 24 a 26 do mesmo diploma, o que se analisará neste capítulo, quando serão estudados os tipos porventura contidos na Lei Federal n. 11.105/2005.

Registre-se que pelo menos sete projetos de lei tramitavam no Congresso Nacional brasileiro, seja alterando o próprio teor da legislação de 2005, seja regulamentando o processo de reprodução humana assistida ou disciplinando o estatuto jurídico do nascituro.

Visam alterar especificamente a Lei de Biossegurança os projetos de lei (PL) n. 3.067, de 2008, de autoria do deputado federal e médico José Aristodemo Pinotti; PL n. 5.134, de 2005, do deputado

Hidekazu Takayama; e o PL n. 6.006, de 2005, do deputado federal Paulo Baltazar. Uma rápida análise de referidos projetos evidencia que – assim como ocorreu no STF e se manifesta na doutrina – a questão do uso de embriões humanos em pesquisas científicas ainda não restou superada.

Com efeito, enquanto o PL n. 3.067 acresce dez parágrafos ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, sem alterar os três já existentes nele, o projeto de autoria de Baltazar modifica referido diploma para nele incluir dispositivo que permite o uso de células-tronco embrionárias obtidas por meio de clonagem terapêutica. Em sentido oposto, o projeto do deputado Takayama altera a redação do artigo mencionado para transformar em crime inafiançável, punido com reclusão de dois a seis anos e multa, a pesquisa com células-tronco então autorizadas pela lei sancionada em 2005.

Embrião humano *in vitro* e dignidade da pessoa humana

A problemática da eventual tutela penal do embrião extrauterino tem provocado intensa divergência no plano doutrinário, para além do mencionado dissenso já verificado em termos jurisprudenciais. Autores como Stella Maris Martínez (1998, p.138) defendem que não há vida humana no embrião congelado até quatorze dias após a fecundação, que ela chama de pré-embrião ou substância humana embrionária, muito embora esta configure “[...] um bem tão relevante para a humanidade que se torna indeclinável sua tutela penal”.

No mesmo caminho da autora supramencionada, Claus Roxin (2008, p.167-8) entende que o embrião é uma forma prévia muito pouco desenvolvida de pessoa humana, não podendo gozar da mesma proteção penal dada ao homem nascido, mormente quando esse embrião se encontrar fora do corpo da mãe.

Ao seu turno, Cristiane Beuren Vasconcelos (2008, p.130, destaque da autora) sinaliza para o outro extremo ao classificar de “embrionocídio” o uso de embriões excedentes em pesquisas

científicas, afirmando que sua permissão pela Lei de Biossegurança brasileira “[...] e outras ingerências físicas contra o ser humano *in vitro* caracterizam referida legislação como verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito”.

Nesse mesmo sentido, a lição de Paulo Otero (1999, p.50), consoante quem o embrião humano *in vitro* seria titular do direito ao nascimento, que se desdobraria nos consequentes direito à implantação uterina e direito à gestação, sendo a destruição de embriões sobrantes a aniquilação de uma forma de vida humana configuradora da prática de “embrionocídio”.

Também a autora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (2007, p.207) defende a ideia de que o embrião, ainda que extrauterino, em qualquer fase de seu desenvolvimento e desde o início dele, é o suporte físico e biológico indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, não havendo razões para justificar o estabelecimento de uma escala de respeito para as diversas etapas da mesma vida humana.

Em uma via intermédia, Heloisa Helena Barboza (2005, p.268) reclama para o embrião *in vitro* uma forma particularizada de tutela penal, ao reconhecer nele o valor da dignidade humana.

Assim, ainda que não se reconheça de antemão no ente “embrião extrauterino” uma concreta explicitação do valor da dignidade da pessoa humana, não se pode negar-lhe, sob pena de afronta à própria realidade ontológica, sua qualidade de humano. Ao adjetivar referido embrião de humano, demarcando-lhe especial qualidade atinente à espécie, o Ordenamento Jurídico como um todo explicita que já se está diante de um ente valorado positivamente por vincular-se àquele valor guia da dignidade humana, muito antes de ele (eventualmente) adentrar no campo jurídico-penal sob a roupagem de um bem jurídico-penal digno e carecido de tutela.

Argumento semelhante foi adotado por Fernando Andrade Fernandes (2009, p.24-6), ao tratar da questão do feto humano portador de anencefalia. Para o mencionado autor, ante a posição topográfica conferida pela Constituição de 1988 ao *valor* dignidade humana e ao *bem* vida humana, é possível afirmar que ao Direito sobreleva a preservação da dignidade sobre a própria proteção da vida. Nesse

sentido, Fernandes defende que, independentemente da questão acerca da existência ou não de vida humana (no caso do feto anencefálico), o que deve ser considerado é o “ente” como passível de uma tutela jurídica específica, mas sempre atrelada à diretriz axiológica conferida pelo valor da dignidade humana ao nosso modelo de Estado de Direito.

Ainda para Fernandes (*ibidem*, p.24), a Constituição considera o feto como um ente dotado de eminente valor jurídico, estando implicitamente reconhecido como uma das projeções da dignidade da pessoa humana, para além de qualquer referência à vida, reconhecendo-lhe proteção pelo ordenamento pátrio:

A mencionada proteção se dá em virtude da vinculação do feto ao valor da dignidade humana, antes mesmo de ser feita a referência à sua vitalidade ou viabilidade. Tanto é assim que, em termos conceituais, se fala em feto humano, sugerindo que o uso do termo “humano” na expressão não se limita apenas a distinguir esse feto do produto da concepção de outros seres, mas sim enaltecer que estamos diante de um ente que foi objeto de valoração em razão de vincular-se à eminente dignidade humana.

Com respaldo no mencionado professor Fernando Fernandes (*ibidem*, p.25), o reconhecimento da valoração constitucional dada ao ente embrião humano resultaria, na contramão de um pensamento puramente positivista, “[...] da preocupação de se buscar a abertura do sistema normativo positivo por referência aos valores da Constituição”. De modo que, encarada a dignidade humana como o valor base da nossa ordem jurídico-constitucional e ligando-se de forma assumidamente antecipada a ela a proteção do embrião e feto humanos, e não à vida em si, possibilita-se a tutela autônoma desses entes.

Justamente porque portador das bases genéticas da vida da espécie humana, o embrião humano, ainda que extrauterino, revestir-se-ia do valor dignidade, merecendo um tratamento adequado pelo Direito Penal.

Na linha do exposto, Eberhard Schockenhoff (2002, p.43) afirma que, justamente para não colocar em risco a ideia de dignidade humana – que ele sinteticamente conceitua como “herança moral comum do cristianismo e do iluminismo” –, não se pode deixar de reconhecer que nem a idade (se num momento mais precoce ou mais tardio na ontogênese), nem o local (quer *in vivo*, quer *in vitro*) em que se encontra o embrião fornecem qualquer critério inequívoco de diferenciação que pudesse autorizar seu legítimo uso para fins de pesquisa. Para ele, não se pode defender um direito escalonado à vida, de molde a excluir dele o embrião humano, uma vez que o embrião já está definido desde o início como específico para a espécie (como ser humano), como também específico para o indivíduo (como aquele ser humano), sem que seu subsequente desenvolvimento apresente cortes que se mostrem significativos para essa condição de ser humano individual. Consoante o autor, desde a fusão dos gametas humanos, a vida humana se encontra sob a proteção do valor da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, inviolável.

Na literatura estrangeira, a polarização que a valoração a ser conferida ao embrião humano provoca tem chamado a atenção do filósofo Jürgen Habermas (2010, p.44), para quem “[...] um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um ‘amontoado de células’ e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral”. Por sua vez, o outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo tal concepção, “[...] todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais”.

Para o citado filósofo, no entanto, ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado indisponível, ainda que não receba o *status* de um sujeito de direitos, ainda que não portador de direitos fundamentais inalienáveis. No entendimento de Habermas (ibidem, p.44-5), qualquer tentativa de traçar um limite preciso e moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação

ou a junção dos gametas, de um lado, e o nascimento, de outro, revela-se arbitrária.

A despeito disso, “[...] ninguém duvida do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento” (ibidem, p.46), muito embora “[...] o ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa ‘já pronta’” (ibidem, p.49).

Na linha de raciocínio de Habermas (ibidem, p.56), a forma de lidar com a vida humana pré-pessoal (do embrião *in vitro* ou intrauterino) vai suscitar questões de um calibre totalmente diferente das anteriormente surgidas, aludindo diretamente na nossa autocompreensão enquanto seres da espécie *Homo sapiens*:

Os desenvolvimentos notórios e temidos da tecnologia genética afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o “homem”, e para o qual parecia não haver alternativas.

O conceito de espécie – é preciso que se diga – transcende o indivíduo e a humanidade, sendo, no entendimento de Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi (2001, p.173, destaque das autoras), “[...] um *prius* antropológico e ético no que o homem se reconhece a si mesmo pelo caráter transpessoal do genoma”. Pela sua própria dignidade, à espécie humana convém a condição de sujeito de direito com o fim de preservar a identidade e a inviolabilidade da essência da humanidade, sendo a espécie o vínculo que permite proteger os direitos das gerações presentes e futuras.

No mesmo sentido, Fukuyama (2003, p.139) adverte que a engenharia genética tem o poder de engendrar, em última instância, a possibilidade de modificação da natureza humana, esta entendida como “[...] a soma do comportamento e das características que são típicos da espécie humana, originando-se de fatores genéticos em vez de ambientais”.

Posto isso, Fukuyama (ibidem, p.30) alerta para o fato de que as decisões políticas que a humanidade tomará nos próximos anos

no que se refere ao emprego das modernas biotecnologias é que determinarão se ingressaremos ou não em um futuro pós-humano e, pior, “[...] no abismo moral potencial que semelhante futuro abre à nossa frente”.

Indiretamente no tocante ao assunto, ao tratar da questão da interrupção voluntária da gravidez no Ordenamento jurídico português em artigo publicado pela *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Jorge de Figueiredo Dias (2010, p.154, destaque do autor) assentou a tese de que:

[...] o nascituro se não desenvolve para se *tornar pessoa*, mas já *como* pessoa; e que a ele, se bem que personalidade ainda não formada, pertence a *dignidade humana* que as Constituições democráticas protegem, pertence um *direito à vida* próprio que não depende da aceitação da grávida. Seja ou não assim, seguro é que (como sempre afirmei e escrevi) *o nascituro constitui em si mesmo um bem jurídico dotado de condição jurídico-constitucional e por isso digno de tutela penal, daí resultando o dever estadual de sua protecção*: dever referido não apenas à vida intrauterina “geral”, mas à vida uterina singular, *deste nascituro nesta situação*.

Para Dias (ibidem, p.158), entretanto, uma coisa é reconhecer ao embrião o atributo de bem jurídico digno de tutela penal; outra é entrever nele a qualidade de bem jurídico carecido desta tutela, questão que poderia legitimamente ser deixada ao legislador ordinário.

De maneira semelhante, pode-se inferir que, ainda que não se conceda ao embrião humano *in vitro* o *status* de um ente portador de vida a ser tutelada pelo Direito Penal nos seus moldes clássicos, não se pode deixar de entrever, nesta especial categoria de bem jurídico, uma inequívoca projeção do valor da dignidade da pessoa humana, sobre a qual o Sistema Jurídico-Penal vai deitar suas considerações axiológicas.

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu, em outubro de 2011, que as invenções terapêuticas obtidas a partir de pesquisas com células-tronco embrionárias não podem

mais ser patenteadas. Isso significa, na prática, que eventuais pesquisas podem ser feitas, mas não registradas, ficando sem garantia no mercado concorrencial. A única exceção permitida pelo TJUE é quando as células retiradas dos embriões são utilizadas em seu próprio benefício, com fins terapêuticos ou de diagnóstico, podendo, então, ser devidamente licenciada (Pinheiro, on-line).

A decisão derrubou a patente de um pesquisador alemão que tinha descoberto método de produzir células neurais a partir de embrionárias, que já estaria sendo usado em pacientes acometidos pela doença de Parkinson. O Greenpeace resolveu questionar a licença, e o registro foi inicialmente derrubado por uma corte da Alemanha. O caso então foi remetido ao Tribunal de Justiça do país, que, antes de decidir, resolveu consultar a corte da União Europeia. No caso em tela, a Corte do TJUE se baseou na Diretiva n. 98/44, que regulamenta a proteção jurídica das invenções biotecnológicas e impede a patente de qualquer invento que possa afetar a dignidade do ser humano.

Ao definir a questão, coube ao TJUE decidir que o conceito de embrião humano deve ser tomado em sentido amplo, de modo que, uma vez verificada a fecundação, passaria a incidir o imperativo de respeito à dignidade da pessoa humana (idem, on-line):

Qualquer óvulo humano capaz de desencadear o desenvolvimento de um ser humano é considerado embrião e deve ser protegido. Ou seja, a partir da fecundação, passa a valer o princípio da dignidade.

A mesma proteção atinge o óvulo humano que não foi fecundado, mas no qual foi implantada uma célula humana amadurecida ou foi estimulado para se dividir. Isso porque estes também são capazes de provocar o processo de desenvolvimento de um ser humano.

Para o tribunal europeu, a utilização de embriões humanos como matéria-prima de uma pesquisa exclui do rol de patenteáveis a invenção obtida. A proibição vale ainda que o embrião usado não tenha sido destruído, já que o simples fato de usá-lo atenta contra a dignidade daquele embrião.

Embrião humano *in vitro* e direito à vida

De igual maneira, doutrinadores e tribunais têm se dividido em reconhecer a existência de vida no embrião humano *in vitro*, mantido em ambiente artificial em virtude do avanço da técnica empregada à reprodução humana. Posição paradigmática sobre o assunto, e tantas vezes repetida por outros doutrinadores, é a exposta por Luigi Ferrajoli quando da publicação de seu artigo “A questão do embrião entre o Direito e a Moral”, traduzido para o português por Eduardo Maia Costa.

Consoante propõe Ferrajoli (2003, p.15, destaque do autor), deve-se partir da “[...] convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela *se e só quando* pensado e desejado pela mãe como pessoa”. Recorre-se, assim, à tese moral de que a decisão sobre o atributo da qualidade de pessoa ao embrião deve ser resolvida pela autonomia moral da mulher; à tese moral de que pessoa merecedora de tutela, sobretudo jurídico-penal, é o ser já nascido ou o feto destinado pela mãe a nascer (ibidem, p.15-6).

Assim procedendo, a questão (esta, sim) jurídica da tutela jurídico-penal do embrião deveria ser solucionada pela tese de que a procriação, assim como a qualidade de pessoa, não se reduz a um fato biológico, mas é também um ato moral de vontade eminentemente valorativo-criativo que, ao atribuir ao feto a qualidade de pessoa, acabaria, enfim, por (re)criá-la. Desta feita, preleciona Ferrajoli (ibidem, p.16) que:

Se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa. A sua qualidade de “pessoa” é, em suma, decidida pela mãe, ou seja, pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal.

Para Ferrajoli (ibidem, p.27-8), não se justificaria uma forma ampla de tutela do embrião, mas apenas a proteção daquele embrião destinado a nascer, que é, em concreto, uma potencialidade de pessoa por um ato moral de vontade da mãe, assim

revestido de “[...] caráter criativo, performativo ou constitutivo da própria personalidade”.

Na esteira disso, não se poderia falar com acerto de um direito do embrião a nascer, ou de sua ontológica intangibilidade, podendo-se, em contraposição, “[...] admitir a sua utilização para fins terapêuticos e até a criação de embriões para esses mesmos fins ou também para fins de experimentação” (ibidem, p.28).

A concepção de Ferrajoli de que a vida humana só pode ser reconhecida juridicamente quando a mãe incorpora em seu projeto de vida a vida dependente do feto ou embrião tem encontrado guarida em outros doutrinadores de reconhecida envergadura. No âmbito nacional, também Gisele e Érika Mendes de Carvalho têm subscrito a assertiva de Ferrajoli de que a tese da vitalidade do embrião, empiricamente verdadeira, não permite afirmar a da qualidade de pessoa do ente embrionário, uma vez que a tese moral da qualidade de pessoa seria uma prescrição baseada em um juízo exclusivamente de ordem valorativa, alheio a qualquer fator estritamente biológico.

Para as citadas autoras (Carvalho e Carvalho, 2007, p.299; destaque das autoras), embriões *in vitro* não mereceriam o mesmo tratamento jurídico dispensado aos embriões e fetos intrauterinos em razão de dois aspectos: “[...] a existência dessas duas realidades distintas (*aspecto ontológico*) justifica, em nossa opinião, que a ambos os casos – embrião humano dentro e fora do útero materno – se outorgue um tratamento valorativo diferente (*aspecto axiológico*) por parte do direito”.

De maneira semelhante, mas com recurso a outras palavras, Jorge de Figueiredo Dias (2010, p.160) preceitua que quando o embrião passa a feto – o que, no atual estado da técnica, só poderia ocorrer após sua implantação uterina –, ocorre um salto qualitativo, próprio do fenômeno biológico da vida, ao qual corresponde também uma alteração normativa com incidência jurídico-constitucional.

Também para Luiz Régis Prado (2009, p.343) devem-se distinguir as diferentes fases da evolução intrauterina a fim de traçar adequadamente a intensidade da tutela penal a ser dispensada em cada caso, posto que o Direito Penal operaria “[...] uma valoração

distinta do objeto jurídico amparado em cada fase do desenvolvimento humano, ao rechaçar em graus diversos os atentados à vida humana dependente e independente”, conforme já analisado no Capítulo 2.

Nesse sentido, Prado (ibidem, p.343) assevera que não se pode prestar idêntico amparo jurídico-penal para as diferentes etapas evolutivas da vida humana em formação, devendo ser reconhecida pelo Sistema Jurídico uma barreira diferenciadora, de cunho eminentemente valorativo, que marcaria a nidação ou a transferência do embrião humano *in vitro* para o útero feminino.

Em posição oposta, Bianca da Silva Alves (2010, p.106) antevê no embrião de laboratório um ser humano em desenvolvimento já no plano do fenômeno, cabendo tão somente ao Direito Penal garantir a proteção da “vida pré-pessoal embrionária” desde o marco inicial da fecundação dos gametas humanos.

Também Jussara Maria Leal de Meirelles (2004, p.165, destaque da autora) adverte para o fato de que os embriões concebidos e mantidos em laboratório mostram-se alheios às categorias jurídicas do modelo clássico de direito: “[...] não são *personas naturales*, pois inexistente o nascimento com vida; também não são *personas a nacer (nascituros)*; mas nem por isso é possível classificá-los como *prole eventual* (a ser concebida), posto que concepção já houve”. Nesse sentido, a autora defende a necessidade de uma específica proteção jurídica aos embriões *in vitro*, já que seriam seres sabidamente “portadores de vida”.

Em sentido convergente, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.16-7) defende que a atuação do Direito brasileiro tem sido insuficiente para conferir uma eficaz guarida ao embrião *in vitro* ante as experimentações da genética, “[...] sendo oportuna neste sentido a introdução de normas penais para devidamente protegê-lo”.

Reverendo sua posição anterior, que se aproximava da corrente concepcionista, Heloisa Helena Barboza (2005, p.268) passou a esposar o entendimento de que, à luz do valor da dignidade da pessoa humana, é mais razoável conferir ao embrião humano uma forma particularizada de tutela, “[...] desvinculada dos conceitos

existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, senão com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado”.

Os autores Elídia Aparecida de Andrade Corrêa e Marcelo Conrado (2007, p.104), ao seu turno, asseveram que, como o embrião humano – ainda que decorrente de fertilização *in vitro* ou descartado do processo reprodutivo – é o ponto de partida, não há como excluí-lo da cadeia de evolução biológica da pessoa humana:

É a partir do embrião que todas as fases da evolução da pessoa humana interagem. Sendo assim, deve, pois, o embrião ser inserido nas esferas de proteção e direitos da pessoa humana, de acordo com a posição que ocupa nesta escalada evolutiva.

Na esteira do exposto, assevera-se que, como não há direito humano sem vida igualmente humana, toda a questão acerca da titularidade de direitos, inclusive a eventual titularidade de direitos do embrião, passaria pela discussão da existência ou não de vida humana (Machado, 2008, p.163).

Neste momento, cabe a análise dos tipos penais criados pela Lei de Biossegurança de 2005, que vão conferir proteção penal ao patrimônio genético humano, disciplinando, dentre outros casos, o tratamento normativo do embrião *in vitro* pelo direito brasileiro.

A despeito das opiniões divergentes, não se pode negar que o embrião *in vitro* já carrega em si o patrimônio genético da espécie, perpetuador da vida humana, ainda que prospectivamente considerada. Dessa forma, é possível entrever nesse ente extrauterino – mesmo se paralisado em laboratório – a presença daquela matriz de vida humana contida nas suas informações genéticas específicas.

Os tipos penais dos artigos 24 a 26 da Lei de Biossegurança

Já se afirmou que a Lei de Biossegurança de 2005 introduziu no Ordenamento jurídico pátrio seis novas modalidades de delitos, quais sejam: i) utilização ilegal de células-tronco embrionárias humanas; ii) a prática de engenharia genética humana; iii) a realização de clonagem humana; iv) a liberação ou descarte de organismos geneticamente modificados em desacordo com as normas vigentes; v) o uso, comercialização, registro, patenteamento e licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso; e vi) a produção, armazenamento, transporte, comercialização, importação ou exportação de organismos geneticamente modificados ou derivados sem autorização, ou em desacordo com as normas vigentes.

Com referido diploma, visou-se proteger ora o patrimônio genético humano ou genoma humano (artigos 24 a 26), ora o patrimônio genético ambiental (artigos 27 a 29), sob a rubrica genérica da biossegurança.

A despeito da relevância do meio ambiente para a moderna sociedade e para as futuras gerações, e para além da inequívoca elevação deste interesse à categoria de bem jurídico-penal, com assento inclusive constitucional, interessam aqui tão somente os delitos relacionados ao patrimônio genético do homem, tomado como espécie biologicamente destacada das demais.

Ressalte-se que, consoante o artigo 1º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (1997), o genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os mencionados membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e sua diversidade. O genoma humano seria, na esteira disso, a mais nova dimensão genética do valor dignidade que nos torna pertencentes à espécie humana globalmente considerada, merecendo ser protegido inclusive penalmente pelo Ordenamento Jurídico.

Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi (2001, p.172) afirmam que o genoma humano é parte constitutiva de todos

e de cada um dos seres humanos, passados, presentes e futuros. Nesse sentido, quando a Unesco estabeleceu algumas diretrizes visando sua proteção, o fez tendo em mira o aspecto qualitativo do genoma humano: a própria espécie.

Em virtude disso, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (2007, p.665-70) sustenta a tese de que a integridade do genoma humano participa na dignidade da pessoa humana, uma vez que “[...] a pessoa e o seu genoma passaram a ficar indissolúvelmente inseridos num tecido social que explica e cria a pessoa tanto quanto é explicado e criado por ela”. Para a autora (ibidem, p.14-5), o genoma é o capital genético que é necessário proteger, tutelar e transmitir às futuras gerações, de forma que o genoma universal coexiste com o genoma individual, sendo, simultaneamente, universal e individual. Ou seja, a noção de genoma representa não só o conjunto dos genomas de todos os seres humanos passados, presentes e futuros, como também aquele genoma de um dado indivíduo concretamente considerado.

Na realidade, o *genoma humano* ou *patrimônio genético humano* é uma realidade biológica que o direito reconhece e à qual confere proteção jurídico-penal, podendo ser entendido, neste plano, como o objeto material (ou objeto da ação) ao qual se incorporará o valor (bem jurídico-penal) *identidade genética humana* quando se verificar o cometimento de algum crime relacionado com formas reprováveis, ou não terapêuticas, de engenharia genética (Souza, 2004, p.325).

Assim, afirma-se que o bem jurídico *identidade genética humana*, dotado de uma inegável dimensão prospectiva, tem como titular a humanidade presente e futura, sendo o *genoma humano* o objeto material de aludidos delitos (ibidem, p.329).

Indo mais adiante, pode-se dizer que, justamente por serem portadores do bem *identidade genética humana*, que se condensa e se traduz no *genoma humano*, embriões humanos *in vitro* ou intrauterinos e fetos possuem um *status* moral diferenciado para o Direito Penal, mas igualmente credor de dignidade, pois se tratam de entidades ou entes certamente humanos.

Ou, dito de outro modo: quando o Direito Penal legitimamente protege tais entes, o faz não em razão da referência direta e imediata

ao singular bem jurídico *vida humana*, mas em virtude da dimensão genética do valor *dignidade humana* contida no bem jurídico-penal *identidade genética humana* que se manifesta no conjunto de caracteres da espécie denominado *genoma* ou *patrimônio genético humano*.⁶

Nesse sentido de ligar a questão da biossegurança ao patrimônio genético é que Nucci (2009, p.118) afirma que o fundamento constitucional para os artigos 24 a 29 da Lei de Biossegurança é encontradão no artigo 225, § 1º, incisos II, IV e V, da Constituição da República de 1988. Assim, muito embora a edição da Lei Federal n. 11.105/2005 se volte claramente para o futuro, o cuidado do Poder Público dispensado à engenharia genética seria constitucionalmente imposto desde o advento da Carta Política de 1988.

Como os avanços biotecnológicos fizeram eclodir situações sociais de risco – e atente-se para o uso não desprezioso do termo *risco* –, exigiu-se uma imediata intervenção do Direito Penal, o que foi feito, em um primeiro momento, com a edição da Lei Federal n. 8.974/1995, hoje inteiramente revogada pela Lei n. 11.105/2005.

Com a nova lei, o tratamento penal da biossegurança deu-se de modo superior ao dispensado pela legislação precedente. Antes de passar, contudo, ao estudo dos tipos dos artigos 24 a 26 da LBS, impende analisar o que se entende por *biossegurança*. Consoante Prado (2009, p.334, destaque do autor), o termo deve ser entendido como o conjunto de ações que busca “[...] controlar, limitar ou neutralizar os riscos advindos da prática de diferentes tecnologias em *laboratório* ou no meio ambiente”.

Para Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (2008, p.13-4), o termo biossegurança designaria a segurança dos novos procedimentos e técnicas com relação à vida existente no planeta (segurança da vida). Para ela, a biossegurança deve ser aferida levando-se em consideração os riscos que podem advir da pesquisa e da aplicação das novas tecnologias biológicas para a vida animal e vegetal e para todo o meio ambiente.

6 Muito embora, adiante se verá, o bem supraindividual possa ser mediado por um correlato referente pessoal e singular.

Seu fundamento, a um só tempo, seria tanto assegurar o avanço tecnológico quanto proteger a saúde humana, animal e meio ambiental. Nesse passo, as ações de biossegurança se destinam à salvaguarda ou à segurança das manifestações naturais da vida, representando uma finalidade política relativamente recente no âmbito da biotecnologia (Prado, 2009, p.334-5).

Ainda com suporte em Prado (ibidem, p.336), sustenta-se que a biotecnologia é “[...] o conjunto de tecnologias que integram as ciências naturais e os organismos, suas células e análogas moleculares para gerar produtos e serviços”. Como ciência diretamente atrelada às técnicas médicas de reprodução humana assistida, geradoras dos embriões excedentários, insta, ainda que perfunctoriamente, enumerar as principais características da biotecnologia: i) é uma tecnologia *horizontal*, atingindo amplos setores do saber; ii) é uma ciência *dependente* de outros campos do conhecimento; iii) é uma tecnologia crescentemente *estratégica*; iv) é uma ciência notadamente *interdisciplinar*; e v) é uma ciência *dinâmica*, capaz de incorporar e desenvolver continuamente diferentes tecnologias.

Muito embora as aplicações biotecnológicas tenham uma inegável dimensão benéfica, seu uso abusivo revela-se idôneo a afetar ou a colocar seriamente em risco, talvez até irreversivelmente, bens jurídicos fundamentais, coletivos ou individuais.

Colocada a questão, passa-se ao estudo das figuras típicas da Lei de Biossegurança relacionadas ao patrimônio genético humano, evidenciando-se as divergências no campo doutrinário para, ao fim e ao cabo, tentar apontar soluções dogmaticamente sistematizadas aos problemas eventualmente apontados na presente obra.

Bem jurídico-penal e tratamento penal da biossegurança

De fundamental relevância para o deslinde da questão é relacionar adequadamente o tratamento penal da biossegurança com o bem jurídico-penal que se pretende salvaguardar por meio do recurso ao

sistema criminal. Com efeito, pode-se afirmar, na esteira de Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2010, p.311, destaque do autor), que

[...] a solução para uma atuação estatal mais coerente, no concerne aos variados setores do chamado *direito penal secundário*, passa necessariamente pela delimitação do valor protegido, como base de legitimação do direito punitivo estatal e elemento axiológico para uma interpretação teleológica dos tipos.

Antes de adentrar o assunto, impende ressaltar que, em um Estado de Direito Democrático e Social que se quer efetivamente material, a tutela penal não pode se manifestar de forma dissociada do pressuposto do bem jurídico (Prado, 2003, p.70). Tão importante o axioma do bem jurídico para o Direito Penal que se afirma, consoante Prado (2009, p.339), que:

A regulamentação penal das condutas relativas à biossegurança encontra óbice exatamente na limitação da categoria de bens jurídicos que faz jus à proteção do Direito Penal, porquanto não repousa dúvida a respeito da importância da tutela jurídica dos bens lesados ou ameaçados pela prática das novas biotecnologias.

Ante o avanço inexorável de tais técnicas, com o devido destaque à engenharia genética humana, não só tiveram lugar novas formas de agressão a bens jurídicos tradicionais, como outros interesses foram legitimamente elevados à categoria de bens jurídicos. Nada obstante isso, a função político-criminal de garantia oferecida pela teoria do bem jurídico – porquanto dotada de um evidente sentido informador na construção típica – não deve ser levada ao seu extremo, de tal modo que “[...] a noção de bem jurídico resulte em mero instrumento de projeção para a tutela de todo tipo de interesse, sem que reste nenhuma lesão ou ameaça de lesão a interesse individual ou coletivo”, diretamente referido ao homem enquanto representante da espécie (ibidem, p.339). Ou seja, para além do bem jurídico-penal, requer-se perquirir acerca do potencial lesivo

da conduta delituosa, justamente em razão da exigência (político-criminal) da lesividade.

Também por isso se afirma que, embora necessária, a identificação do bem jurídico não é condição de si suficiente a justificar uma dada incriminação (Souza e Okai, 2010, on-line).

Colocada a pertinente ressalva, afirma-se que a biossegurança é o bem jurídico categorial protegido pela Lei Federal n. 11.105/2005, entendida, conforme já dito, como a segurança da vida e da saúde humana, animal e ambiental, em toda sua amplitude. Em contraposição à evidência desse bem de cunho categorial, é apontada uma relativa dificuldade de individualizar um bem jurídico-penal em sentido técnico, como objeto específico dessa espécie de tutela penal, nas condutas típicas a seguir analisadas.

Nesse sentido, Souza e Okai (ibidem, on-line) defendem que, com a vênua dos entendimentos divergentes acerca do objeto tutelado –

[...] preservação do meio ambiente, biodiversidade, integridade do patrimônio genético, dentre outros –, parece ser a biossegurança a proteção jurídica mais convincente, isto pois em face do surgimento de inúmeros riscos desconhecidos e muitas vezes incontroláveis, típicos da sociedade do risco, pode-se atingir um número indeterminado de pessoas ou mesmo a espécie humana.

Tomada assim a biossegurança como objeto jurídico supraindividual em sentido categorial, o interesse especificamente protegido há de ser aferido em cada figura típica da LBS, sem se desatentar para a lesividade da eventual conduta.

Com o fim de equacionar tal impasse entre bens categorial e técnico, alargou-se a esfera de abrangência penal para abarcar aqueles comportamentos que atingem bens jurídicos com projeção metaindividual ou supraindividual, entre os quais se encontram o patrimônio genético e o genoma humano, tidos como essenciais ao homem e à humanidade. Referidos bens “[...] devem ser protegidos de toda agressão que vise à sua modificação dirigida a finalidades não

terapêuticas ou que implique atentado à dignidade do ser humano” (Prado, 2009, p.341).

De outro modo, mas em sentido convergente, Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2010, p.316-9) chama a atenção para a característica de que todo bem jurídico supraindividual deve ser entendido como um interesse poli-instrumental jurídico-penalmente protegido, que tem na mesma linha de ataque uma verdadeira plêiade de interesses pessoais – daí sua postura por ele qualificada de *antropocêntrica moderada* que, muito embora consagre legitimidade aos bens jurídicos supraindividuais autonomamente, procura neles assinalar a existência de interesses pessoais vinculados. Consequentemente, a idoneidade ofensiva de uma conduta, para que resulte em uma efetiva ofensa ou perigo de ofensa ao bem coletivo assim dogmaticamente conformado, poderá ser medida casuisticamente a partir da afetação desses correlatos interesses pessoais que se vinculam ao bem supraindividual.

Também Bottini (2006, p.76-7) assevera que, em um padrão penal antropocêntrico, os bens jurídicos universais (ou coletivos) somente serão legítimos desde que sejam referentes aos interesses dos indivíduos e assegurem as condições vitais do homem, de modo que seu conceito deverá englobar tanto os aspectos de socialidade quanto os de individualidade dos interesses protegidos.

Justamente em virtude da magnitude do bem patrimônio genético humano, e da possibilidade categorialmente nova de intervir no genoma da espécie, é que Habermas (2010, p.32) vê na identidade da espécie uma projeção do “[...] direito a uma herança genética não manipulada”. Por isso, “[...] o que hoje se coloca à disposição é algo diferente: a *indisponibilidade* de um processo contingente de fecundação, com a conseqüente combinação *imprevisível* de duas sequências diferentes de cromossomos” (ibidem, p.19, destaque do autor).

No entendimento de Juliana Machado (2008, p.15), foi a partir da década de 1980, quando se desenvolveu a tecnologia que possibilitou a manipulação do código genético humano, que se começou a configurar o surgimento de um novo direito humano fundamental:

o direito ao genoma humano, que poderia ser entendido, de um lado, como direito difuso e patrimônio da humanidade, e, de outro prisma, sob a óptica do indivíduo, como um direito individual à integridade, à identidade e à intimidade genéticas.

Consoante Joaquim Clotet (1997, p.180-3), o genoma humano constitui um valor em si próprio que vai comportar, de um lado, a dignidade do ser humano como indivíduo singular e, por outra banda, a dignidade da espécie humana como um todo.

Ainda para Juliana Machado (2008, p.15), o direito ao genoma humano vai impor uma renovada perspectiva ao direito à vida, ao direito à saúde e ao direito ao corpo, requerendo uma consequente releitura de seus conteúdos. Nesse sentido, afirma-se que o direito ao corpo vai hoje muito além de seus aspectos físicos e fisiológicos – o corpo como estrutura de sistemas, aparelhos e órgãos coordenados para desempenhar as funções propiciadoras da vida a esse macro-organismo que é o ser humano –, passando a respeitar também ao próprio genoma humano. Também o direito à saúde passa a sofrer os influxos das novas perspectivas de cura, inclusive no nível celular, trazidas pelas descobertas na área da engenharia genética. Por fim, mas não menos importante, o direito à vida começa a ser compreendido de modo mais amplo, abrangendo uma até então encoberta configuração genética singular que nos torna exemplares da espécie humana.

Sob essa óptica genética, o direito ao genoma humano deve ser assim compreendido em sua necessária interface com os direitos à vida, à saúde e ao corpo. Ao seu turno, o genoma, entrevisto como um novo direito humano de quarta geração, consiste no conjunto de genes da espécie humana presente em todas as células do organismo que é responsável pelos mecanismos vitais e hereditários de nossa espécie.

Na cadeia da vida, o genoma humano é o signo distintivo da espécie em relação às outras e, ao mesmo tempo, um fator biológico individualizador da espécie humana (Souza, 2004, p.325).

Por causa da fundamental importância do genoma para o gênero, Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p.316) sugeriu a inclusão, por

meio de emenda à Constituição da República de 1988, do direito à identidade genética e à preservação de seu patrimônio genético como decorrentes da pessoa humana e do direito à proteção integral do ser humano.

No que diz respeito ao tema tratado, o mapeamento genético da espécie levado a cabo pelo Projeto Genoma Humano revelou que o número de genes no homem está na faixa de 20 a 30 mil, que integram o chamado patrimônio genético da humanidade.

Os genes são, na realidade, trechos funcionais da molécula de ADN que contêm as informações necessárias à produção de proteínas, estas verdadeiramente responsáveis pelos mecanismos vitais da célula. Esses genes são formados por estruturas em formato de bastão, chamadas cromossomos, que são encontradas no núcleo celular. Os cromossomos, por sua vez, são compostos de longas moléculas de ácido desoxirribonucleico.

Lacadena, citado por Stella Maris Martínez (1998, p.206-7), especifica assim a genética:

Utilizando uma linguagem analógica, poderíamos dizer que a informação genética dos seres vivos está escrita numa linguagem de quatro letras (as quatro bases nitrogenadas: adenina, guanina, timina e citosina), com as quais se podem formar vinte palavras (os vinte aminoácidos essenciais presentes nas proteínas) e com elas escrever ilimitadas frases (as proteínas existentes em número ilimitado) que vão constituir infinitos e diferentes livros (os indivíduos geneticamente irrepetíveis).

Conhecido referido mecanismo, foi somente em 1953, com a descoberta da estrutura de dupla hélice por Francis Crick e James Watson, que se logrou explicar cientificamente como a molécula de ADN poderia não só conter a informação genética da espécie, mas permitir que ela fosse copiada e transmitida aos descendentes (Machado, 2008, p.144-5).

Conforme Aline Albuquerque Sant'Anna (2001, p.19), é na dupla hélice do ADN humano que se encontram todas as letras do

chamado patrimônio genético humano, simbolicamente considerado bem da humanidade.

Somente tomada por essa perspectiva é que se entende como a manipulação genética pode implicar sérios riscos à própria preservação da espécie humana, vulnerando, dessa feita, a vida humana em sua inter-relação com a comunidade de vida planetária (Machado, 2008, p.160).

Sob um prisma genético – e aqui se entremostra a inequívoca historicidade dos direitos humanos dotados de fundamentalidade –, a proteção do genoma exsurge como uma nova e irrenunciável maneira de salvaguardar e amparar a própria vida humana ante os riscos e os perigos colocados pelas novas biotecnologias na área da engenharia genética.

Em virtude do seu contorno, anteriormente exposto, a intangibilidade do patrimônio genético da espécie é questão que requer uma mais acurada reflexão de toda a civilização planetária.

Com efeito, desde há muito o patrimônio genético adentrou o território dos direitos humanos fundamentais, sendo reconhecido inclusive internacionalmente pela Unesco, o que se deu com a edição da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada na 29ª sessão de sua conferência geral, no ano de 1999. Naquela ocasião, a Unesco afirmou que “o genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade”, sendo, em um sentido assumidamente simbólico, “patrimônio da humanidade” (art. 1º). Ainda consoante a precitada declaração de direitos, “cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, sejam quais forem suas características genéticas”, daí derivando que “[...] essa dignidade impõe a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade” (art. 2º). Reconheceu-se, demais disso, a verdade científica segundo a qual “[...] o genoma humano, pela sua natureza evolutiva, é sujeito a mutações”, e que “[...] ele encerra potencialidades que se exprimem diferentemente, de acordo com o meio ambiente natural

e social de cada indivíduo, especialmente em razão do estado de saúde, das condições de vida, da nutrição e da educação” (art. 3º) (Comparato, 2010, p.47).

Dessas fundamentais premissas, a Declaração da Unesco derivou algumas relevantes conclusões, assim sintetizadas: i) o genoma humano não pode ser objeto de apropriação para fins de exploração empresarial ou industrial, consoante seu art. 4º;⁷ ii) toda pesquisa, tratamento ou diagnóstico, tendo por objeto o genoma de um considerado indivíduo, só pode ser efetuado depois de rigorosa e prévia avaliação dos seus riscos e vantagens potenciais envolvidos, em conformidade com a legislação nacional e após prévio, livre e esclarecido consentimento do interessado (art. 5º); e iii) “a confidencialidade dos dados genéticos, associados a uma pessoa identificável, conservados ou tratados para fins de pesquisa ou quaisquer outras finalidades, deve ser protegida nas condições previstas em lei” (art. 7º) (ibidem, p.47-8).

Ressalta-se que, ainda conforme o escólio de Fábio Konder Comparato (ibidem, p.68-9), há um verdadeiro sincronismo a ligar o advento das grandes declarações universais de direitos humanos e o aparecimento de importantes descobertas científicas ou invenções técnicas. Isso decorre do fato de que, historicamente, a compreensão da dignidade da pessoa humana e o consequente reconhecimento de seus direitos têm sido, em grande parte, “[...] o fruto da dor física e do sofrimento moral” dos chamados membros da família humana.⁸

De maneira que, na história moderna da humanidade, o advento de um movimento de ordem técnica provocaria, quase que necessariamente e em sentido inverso àquele, um contramovimento de

7 A permissão do patenteamento do genoma humano representaria, na lição de Fábio Konder Comparato (2010, p.552), o ponto culminante da insânia capitalista, representado pela instituição da propriedade sobre as matrizes da vida humana.

8 Para Comparato (2010, p.68-9), “[...] o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos”.

natureza ética. Ou, dito de outro modo, a solidariedade técnica caminha, passo a passo, com a solidariedade ética.

Nesse sentido, Comparato (ibidem, p.51-3) afirma que a solidariedade humana acaba por atuar em três dimensões distintas, mas igualmente complementares: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, nações e povos diversos e, por fim, entre as sucessivas gerações humanas no curso da história.

Analisadas as diversas gerações ou dimensões históricas dos direitos humanos, chegou-se, após o século XX, ao reconhecimento à própria humanidade, como um todo solidário, de direitos humanos derivados de um conceito de cidadania mundial. Nesse contexto é que surge o direito ao genoma humano, entrevisto como um direito fundamental de quarta geração.

Releva salientar, no entanto, que a humanidade à qual se atribui a titularidade do direito ao genoma humano – e do seu correlato bem *identidade genética humana* – deve ser tomada em um sentido não apenas transespacial, mas também transtemporal (Souza, 2004, p.328).

Não se pode olvidar, entretanto, que também nessas questões ético-jurídicas suscitadas pelo incessante progresso técnico o fundamento dos novos direitos humanos será dado sempre pela proeminência do valor dignidade da pessoa.⁹ Avançando na ideia, é preciso ressaltar ademais que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo, mas é passível de ser contradita, ainda, em todos os espécimes da humanidade como um todo, inclusive no embrião humano, mesmo que extrauterino.

Nessa linha de argumentação, o embrião humano, dentro ou fora do corpo da mulher, participa da dignidade inerente à sua condição humana. Dessa forma, para Comparato (2010, p.45):

9 Conforme a clara lição de Fábio Konder Comparato (2010, p.13), os direitos humanos são “[...] as instituições jurídicas de defesa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria”.

O ser humano só começa a existir, como ente biologicamente distinto do organismo de sua matriz, a partir do nascimento com vida. Antes disso, ele é um projeto de ser humano.

Nem por isso, todavia, carece o embrião humano da dignidade inerente a essa condição. Ele não é uma coisa, mas, para todos os efeitos, deve ser tido como pessoa em potencial e, portanto, titular de direitos fundamentais, a começar pelo direito ao nascimento.

O aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida trouxe um complicador para referido raciocínio, mas não teve o condão de alterar a condição biológica do embrião, ainda que extrauterino, da qual é possível deduzir algumas consequências éticas de orientação notadamente jurídica. Em primeiro lugar, a utilização de embriões humanos excedentes da fertilização *in vitro* em experimentos científicos tão somente se justifica se e quando observadas rigorosas condições, a serem definidas em legislação específica sobre o assunto. Em segundo lugar, extrapola o respeito ao valor dignidade da pessoa humana qualquer tentativa de utilização de técnicas de clonagem para fins de reprodução – a clonagem reprodutiva. Por fim, é necessário e legítimo o recurso ao aparato penal com o escopo de proteger e salvaguardar a expressão da dignidade da espécie humana contida no seu patrimônio genético.

Quanto ao apelo ao Direito Penal para a proteção de referido bem (patrimônio genético), saliente-se, com Jorge de Figueiredo Dias (2005, p.66, destaque do autor), que referidos

[...] *processos de neocriminalização* só podem ser aceites e legitimados onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiem consequências comunitariamente insuportáveis e contra as quais se tenha de fazer intervir a tutela penal em detrimento de um palatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social.

Passa-se, assim, ao estudo dos tipos de proteção do genoma humano contidos na Lei de Biossegurança em vigor.

Utilização ilegal de células-tronco embrionárias: análise político-criminal e dogmática do tipo contido no art. 24 da Lei Federal n. 11.105/2005

A análise do tipo descrito pela Lei de Biossegurança no seu artigo 24 releva-se paradigmática da divergência doutrinária quanto ao adequado enquadramento dogmático da questão. Preceitua o mencionado dispositivo legal:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5^o¹⁰ desta Lei:

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

Em princípio, diverge-se quanto ao bem jurídico inscrito no âmbito de proteção da norma. Para Prado (2009, p.351-2), o bem jurídico tutelado pelo tipo é a vida humana em formação, chamado embrião humano. O penalista alerta para o fato de a Lei de Biossegurança não usar, na descrição típica, o termo pré-embrião, em virtude da adoção, pelo Ordenamento nacional, da teoria concepcionista e não genético-desenvolvimentista acerca do marco inicial da vida humana. Muito embora Prado se filie à segunda corrente, dividindo em pré-embriônica, embriônica e fetal as fases da vida pré-natal,

10 Art. 5^o 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.

§ 1^o. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2^o. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3^o. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

considera ele que “[...] a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada desde a concepção”. Assim fixado o bem jurídico, objeto material sobre o qual recai a conduta delituosa vedada pelo preceito seria, então, para Prado, o óvulo humano fecundado.

Alargando o âmbito de proteção do artigo 24, Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2007) preceitua que os bens jurídicos tutelados pelo tipo seriam tanto a vida humana embrionária quanto a dignidade reprodutiva humana, posto que o próprio estatuto da reprodução da espécie poderia vir a sofrer degradação pelo desrespeito em relação à destinação de seu produto, representado pelo embrião. Objeto material seria o embrião humano usado em desacordo com a lei. Souza (2007, p.21-2) pugna, ainda, pelo entendimento de que a expressão *embrião humano* é elemento normativo extrajurídico do tipo, significando ele

[...] o estágio vital humano que se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide e vai até aproximadamente três meses de desenvolvimento, quando então passará o mesmo a ser designado mais propriamente de feto até que sobrevenha o nascimento.

Bianca da Silva Alves (2010, p.106) enxerga no âmbito de tutela do referido artigo 24 dois bens jurídicos distintos, embora complementares entre si: imediatamente, o bem jurídico individual vida e, mediatamente, o bem supraindividual intangibilidade da humanidade, antevisto como um aspecto da dignidade humana, cabendo ao Direito Penal a função de proteção da vida pré-pessoal embrionária desde o marco inicial da fecundação.

Nucci (2009, p.118-9), ao seu turno, assevera que o bem jurídico-penal protegido pela norma em questão, que ele prefere tratar como objeto jurídico, é a preservação do patrimônio genético, bem como a proteção à vida e à saúde humana. Objeto material do delito em apreço é o embrião humano, considerado este “[...] o organismo que se forma após a fecundação, abrangendo, basicamente, o período da segunda a oitava semana de desenvolvimento”. Por causa disso, Nucci faz constar a ressalva de que o feto humano estaria fora do

contexto da engenharia genética, encontrando sua tutela penal nos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro, que cuidam dos delitos de abortamento, já estudados no capítulo antecedente.

Em sentido diverso, as autoras Gisele Mendes de Carvalho e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.296) reconhecem como bens jurídicos tutelados pelo artigo 24 a vida e a integridade física do pré-embrião (sic) *in vitro*, antes de sua efetiva implantação na cavidade uterina. Defendem, entretanto, com apoio na doutrina de Luigi Ferrajoli, alhures exposta, que referidos bens salvaguardados pela norma não possuem dignidade penal, na medida em que a “mera existência físico-psicológica” deste ente não teria transcendência para a humanidade.

De modo mais generalizado, Denise Hammerschmidt (2007, p.347) defende que o bem jurídico-penal supraindividual presente nos delitos de biossegurança vem a ser a própria biossegurança, elevada ao posto de bem categorial desse gênero de delitos, muito embora outros bens jurídicos específicos sejam tutelados de forma subsidiária em cada figura típica contida na Lei Federal n. 11.105/2005. Com suporte em Prado (2009, p.108), pode-se distinguir o bem categorial, como aquele objeto jurídico genérico de proteção, do bem específico, em sentido técnico, tomado como objeto jurídico próprio de cada figura delitiva.

Para Guilherme Alfredo de Moraes Nostre (2005, on-line), no entanto, no crime de utilização ilícita de embriões não se pretendeu tutelar diretamente bem jurídico-penal algum, senão reforçar, por meio do acesso à norma penal, as regras sobre fertilização *in vitro*, sequer se identificando, com a devida clareza necessária, o valor que se quis proteger:

[...] não há, assim, que se falar que o bem jurídico tutelado é a vida, mesmo porque a Lei de Biossegurança, em seu todo, não reconhece vida no embrião pré-implantatório, tendo, inclusive, ensejado a propositura de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo procurador geral da República, dr. Cláudio Fonteles, que identifica nas disposições legais verdadeira afronta à vida humana [...].”

Apontada referida divergência, é preciso delimitar melhor o bem protegido pelo artigo 24 da Lei de Biossegurança. Como já se mencionou alhures, a integridade físico-biológica do embrião *in vitro* é tutelada pelo Direito Penal pátrio não em virtude de qualquer referência imediata ao bem jurídico-penal *vida humana*, como se dá nos delitos clássicos da Parte Especial do Código Penal, mas em razão da presença do bem *identidade genética humana*, contido no genoma humano, diretamente remetido ao valor *dignidade humana*, do qual o embrião é certamente portador.

Impende esclarecer que, conforme defende Selma Rodrigues Petterle (2007, p.111), “[...] o direito à identidade genética é um direito de personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental ‘identidade genética’, uma das manifestações essenciais da personalidade humana”. Dito de outro modo, a identidade genética do indivíduo é a base biológica de sua identidade pessoal.

Assim sendo, qualquer intervenção no embrião *in vitro* que tenda a modificar, sem fins terapêuticos, a identidade genética da espécie humana, alterando o genoma humano, se revela violadora da dignidade da pessoa humana e, portanto, defesa pelo Sistema Jurídico-Penal. Não obstante isso, o emprego de embriões excedentários em pesquisas científicas terapêuticas, capazes de tutelar e preservar o genoma da espécie para a presente e as futuras gerações, não violaria qualquer direito à vida, uma vez que referida conduta não cria qualquer risco não permitido para o bem *identidade genética humana*, sendo, portanto, atípica.

Justamente por isso, em razão de a proteção penal do embrião *in vitro* decorrer diretamente da dimensão de dignidade humana nele contida, prescindindo de qualquer referência imediata ao direito à vida, não caberia ao legislador estabelecer critérios temporais para o emprego desse ente em pesquisas científico-terapêuticas, porque o lapso de tempo não tem o condão de modificar as propriedades naturais do embrião no plano ontológico. Relevante seria que o legislador se ativesse ao eventual risco que o uso inadvertido de tais embriões pode ocasionar ao bem *identidade genética*, aprofundando a questão no tocante ao aspecto da lesividade.

A classificação da norma penal do art. 24 da Lei de Biossegurança

Para além da identificação do bem jurídico tutelado, insta analisar outros pontos do enquadramento dogmático do injusto do artigo 24 da Lei de Biossegurança. O núcleo do tipo é *utilizar* (fazer uso de algo, empregar buscando utilidade), que se associa ao embrião humano, de tal maneira que “[...] a figura delitiva somente se configura quando o uso do embrião ocorre em cenário diverso do previsto pelo art. 5º da Lei n. 11.105/2005” (Nucci, 2009, p.118-9). No entanto, as regras contidas no mencionado artigo 5º para o uso lícito de embriões revelam-se falhas, uma vez que a lei autorizou o emprego de embriões viáveis já congelados na época de sua edição e dos inviáveis, obtidos em qualquer data, mas ficou silente no que se refere aos viáveis obtidos após a entrada em vigência da norma proibitiva, concluindo-se pela sua vedação pelo ordenamento pátrio. A lei também não previu, de outra ponta, nenhuma proibição para a fertilização *in vitro* de vários embriões por casal. Assim voltando-se a corrigir erros do passado, o legislador descurou-se de eventualmente solucionar eventos futuros, mas muito prováveis de ocorrerem, restando uma lacuna que requer ser sanada a contento.

Para Nucci (*ibidem*, p.119), assim como para Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p 295), a solução seria que o legislador brasileiro não estabelecesse idades embrionárias para permitir o uso de células-tronco de embriões *in vitro* em pesquisas científicas de cunho terapêutico – o que se revela evidente ao se dissociar a proteção do embrião *in vitro* de qualquer reconhecimento – o que não implica, necessariamente, um juízo de negação – do direito à vida desse ente humano.

Também para Gláucio Roberto Brittes de Araújo (2010, on-line), não deveriam ter sido estipulados prazos na legislação em apreço, “[...] quando não há sequer definição de outro destino mais apropriado aos embriões” artificialmente fertilizados e descartados para fins de reprodução. Ainda para o autor, “[...] a par de sua utilidade provisória, a disposição não encontra fundamento científico

ou jurídico, por não haver diferença ontológica entre embriões congelados por mais de três anos e os demais”.

Para além de idades de congelamento, importa é perquirir acerca do uso de tais embriões, de modo que “[...] aceitar a utilização responsável dessa substância embrionária, em investigações claramente destinadas a funcionar como mitigações de graves enfermidades do gênero humano, conduz à instituição de um inédito critério de solidariedade com a espécie” (Martínez, 1998, p.113). Por isso, a autora Stela Martínez (ibidem, p.229-30) considera adequada a previsão de uma causa de justificação que

[...] legitime aqueles casos de manipulação genética de pré-embriões que tenham como objetivo principal desenvolver tarefas de investigação transcendentais para a qualidade de vida ou a sobrevivência da espécie humana, sempre e quando a substância humana objeto de experimentação não seja transferida a um útero feminino, não se alterando, de tal forma, o patrimônio genético da espécie.

Ao fazer a remissão ao artigo 5º do diploma em comento, o legislador do artigo 24 cuidou de instituir, para Nucci (2009, p.119), um particularizado caso de tipo penal remetido: a figura típica, para ter seu conteúdo material adequadamente compreendido de modo a permitir ao agente comportar-se em conformidade com ele, demanda a consulta a outros artigos da referida lei.

Diferentemente disso entendem os autores Bianca da Silva Alves (2010, p.86-7), Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.297), Luiz Régis Prado (2009, p.352) e Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.22), segundo os quais o referido artigo 24 configuraria a hipótese de norma penal em branco imprópria, cujo complemento vai ser encontrado em outro dispositivo do mesmo diploma legislativo.

Há, entretanto, algumas particularidades neste entendimento. Para Souza (ibidem, p.22), o termo *em desacordo* contido no artigo 24 foi empregado pelo legislador como elemento negativo do tipo; Prado (2009, p.352), por sua vez, considera a expressão um elemento

normativo jurídico do tipo de injusto, concernente à ausência de uma causa de justificação que, acaso presente, tornaria atípica a conduta. No tipo do artigo 24 da LBS, tem-se, conforme Minahim, Freitas e Oliveira (2010, p.162), a hipótese de crime cujo elemento normativo tem um papel preponderante na configuração da ilicitude.

A maioria dos doutrinadores pátrios analisados considera referido delito uma modalidade de crime plurissubsistente (Alves, 2010, p.90; Carvalho e Carvalho, 2007, p.300; Nucci, 2009, p.119-20; Prado, 2009, p.353; Souza, 2007, p.22). Enquanto parte admite a forma tentada do delito (Alves, 2010, p.90; Carvalho e Carvalho, 2007, p.300; Nucci, 2009, p.118-9), Prado (2009, p.353) e Souza (2007, p.22) asseveram que, por se tratar de crime de mera atividade, consumando-se com a efetiva utilização do embrião em desconformidade com a legislação sobre a matéria, o tipo do artigo 24 não admitiria a forma tentada.

O entendimento também não é pacífico no que se refere ao sujeito passivo do delito em comento, em razão, justamente, da um tanto quanto incerta delimitação do bem jurídico protegido pela norma, daí porque os autores apontam ora o embrião humano (Prado, 2009, p.351), ora a coletividade (Souza, 2007, p.21) e ora a sociedade (Nucci, 2009, p.118). O sujeito ativo, para a quase unanimidade dos autores citados, é qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma qualificação especial do agente, sendo o delito um exemplo de crime comum. De modo isolado, Bianca da Silva Alves (2010, p.90) defende, demais disso, a possibilidade de cometimento do delito por pessoa jurídica, assertiva que, em virtude das espécies de sanção cominadas para sua prática (pena privativa de liberdade e multa), não parece dogmaticamente correta.

Também há dissenso na doutrina sobre se o delito do artigo 24 seria crime de dano ou de perigo. Nesse sentido, Bianca da Silva Alves (*ibidem*, p.100-1) preceitua que o delito em apreço é de dano, já que a realização da conduta típica lesionaria a vida embrionária, e material, exigindo como resultado naturalístico a efetiva destruição do embrião. Também para Nucci (2009, p.119-20) o delito do artigo 24 é material (exige-se a efetiva manipulação do embrião) e de dano

(demanda-se a efetiva lesão ao bem tutelado, para ele, a vida do embrião). Por isso, considera o autor (ibidem, p.119, destaque do autor) que:

[...] a efetiva utilização do embrião humano fora das hipóteses do art. 5º atenta contra a vida humana e, sobretudo, contra os interesses estatais na preservação do patrimônio genético. Por isso, não se cuida de crime meramente formal, uma vez que, ao manipular o embrião, elimina-se a *potencial* vida [...].

Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.300) consideram a norma do artigo 24 um exemplo de delito de perigo abstrato, bastando a causação do perigo para a imposição da pena, e de mera atividade, já que não exigiria a produção de um resultado danoso, no que são acompanhadas por Prado (2009, p.353) e Souza (2007, p.22).

O tipo subjetivo é o dolo, inexistindo na norma proibitiva, para os autores estudados, qualquer elemento subjetivo especial; o crime não é punido a título de culpa, nem há previsão típica de qualificadoras ou causas de aumento de pena. A ação penal é pública incondicionada, consoante a doutrina.

Anotem-se, quantos aos benefícios penais, que caberiam teoricamente a suspensão condicional do processo, a substituição da pena por restritiva de direito e a suspensão da pena. Não se aplicaria, no entanto, o artigo 44, inciso I, do Código Penal brasileiro, “[...] uma vez que inexiste violência ou grave ameaça à *pessoa*” (Nucci, 2009, p.121, destaque do autor).

Do exposto, e considerando que a proteção do embrião *in vitro* prescinde de qualquer referência direta à vida nele acaso contida, sendo mediada pela sua ligação ao valor dignidade, tem-se que o crime é material, posto que se exige o efetivo emprego (ainda que não sua destruição) do ente embrionário em desacordo com a legislação, e de perigo abstrato, uma vez que a Lei de Biossegurança, ao não exigir uma comprovada causação de lesão ao bem *identidade genética humana*, contenta-se com a mera realização de uma conduta potencialmente perigosa, ou seja, arriscada, ao patrimônio

genético humano, antecipando, desta feita, sua barreira de proteção jurídico-penal.

Impende esclarecer, com apoio em Eduardo Correia,¹¹ que o crime de perigo abstrato não se equipara rigorosamente aos delitos formais, de modo que um crime de perigo pode ser formal do ângulo do resultado final que se pretende evitar com a norma e, ao mesmo tempo, material em razão do fato caracterizador do perigo (Toledo, 2000, p.143-4).

Com efeito, é na perspectiva de afetação do bem jurídico que o crime poderá ser de dano ou de perigo, “[...] ou, se se preferir, dano efetivo e dano potencial, correspondendo este ao perigo concreto ou abstrato” (Ilha da Silva, 2003, p.57). No entanto, com vistas à exteriorização do delito relativamente ao objeto da ação é que se fala em crime material.

Em síntese, parece que o delito do artigo 24 da Lei de Biossegurança é crime material, de perigo abstrato, admitindo a forma tentada quando a atividade vedada pela norma (uso ilegal do embrião) deixar de ocorrer a despeito da vontade do agente.

11 Requer ser transcrita a lição do catedrático de Coimbra para o correto entendimento do assunto: “Não é porém rigoroso ou exacto equiparar os crimes de perigo, concreto ou abstrato, aos crimes formais ou de mera actividade, e daí concluir a impossibilidade da figura da frustração ou da tentativa naquelas hipóteses. É que a situação ou o facto donde resulta o perigo de lesão de um objecto ou bem jurídico pode esgotar-se numa mera actividade ou omissão, ou pode exigir, também, uma modificação do mundo exterior, um evento por ela causado. Neste caso, o crime de perigo não é pois como tal um crime formal, mas um crime material de resultado. Ou melhor, é um crime formal considerado o resultado final que se pretende evitar, mas é um crime material considerado o facto (modificação exterior) que o põe em perigo” (Correia, 1971, v.I, p.288, apud Ilha da Silva, 2003, p.57). Também Heleno Cláudio Fragoso (1990, p.169) observa que, “[...] quando se cogita de evento, não se considera o resultado de dano ou de perigo, mas o acontecimento tipicamente relevante causado pela ação. [...] Para sabermos se há dano ou perigo neste caso é necessário considerar o bem jurídico que a tutela penal envolve e que não é atingido pela ação delituosa”.

Comercialização ilegal de embrião humano *in vitro*

Se o uso indevido do embrião extrauterino vem punido pela norma do artigo 24 da Lei de Biossegurança, já analisado, sua comercialização é vedada com fundamento no § 3º do artigo 5º da referida legislação, *verbis*:

Art. 5º [...]

§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (“Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).

Em princípio, é preciso atentar para dois fatos no tocante ao exposto. Em primeiro lugar, resta evidente a falta de técnica legislativa do legislador da Lei de Biossegurança. Em seguida, deve-se chamar a atenção para a mais severa punição cominada para o comércio dessa categoria de embrião humano.

Na verdade, seria preferível que o delito a que se refere o § 3º do artigo 5º integrasse o bloco normativo formado pelos artigos 24 a 26, ou como um artigo autônomo, ou como um parágrafo acrescido ao próprio artigo 24.

O art. 25 da Lei de Biossegurança e a preservação do patrimônio genético humano: a engenharia genética humana

O tipo contido no artigo 25 da Lei de Biossegurança veda a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, *verbis*:

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

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

Antes de buscar o adequado enquadramento dogmático do delito em apreço, insta aclarar alguns relevantes aspectos no tocante ao assunto. Importa esclarecer que, em virtude do exposto no artigo 3º, inciso IV,¹² a Lei de Biossegurança supostamente acolheu uma acepção estrita de engenharia genética – equiparando-a à manipulação genética molecular –, o que tende a limitar sobremaneira o campo de aplicação do delito ora analisado, restando excluídas do âmbito de tutela dessa norma as técnicas de reprodução humana assistida, mas também outras que não implicam a manipulação direta das moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN) ou ácido ribonucleico (ARN), material genético que contém as informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

Embora frequentemente empregadas como sinônimo, engenharia genética (ou manipulação genética própria) não se confunde com a manipulação genética em sentido amplo (ou imprópria). De modo que a engenharia genética humana pressupõe sempre uma modificação, total ou parcial, do genoma de uma célula ou organismo mediante a adição, substituição ou supressão de um ou mais genes (Souza, 2007, p.23-4). Ou, de outro modo, engenharia genética é a manipulação modificadora do genoma humano.

Na esteira disso, crimes de engenharia ou manipulação genética humana seriam “[...] aquelas atividades que, de modo programado, permitem modificar total ou parcialmente o genoma humano, com fins não terapêuticos reprováveis, mediante a manipulação de genes” (ibidem, p.24).

Por causa da acepção estrita do conceito de engenharia genética contido na Lei de Biossegurança, alguns autores alegam que teriam ficado fora do campo de proteção do artigo 25 condutas

12 “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...] IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante.”

especialmente graves, como, a título de exemplos, a criação de embriões humanos com características pré-selecionadas ou a mistura de informação genética humana com o genótipo de outros animais. A despeito do intenso desvalor de referidas condutas,

[...] manifestamente atentatórias não só à integridade e irrepetibilidade do patrimônio genético humano como à própria dignidade humana, [elas] não mereceram uma resposta penal por parte do legislador, de forma que devem ser consideradas atípicas nos termos da legislação brasileira (Carvalho e Carvalho, 2007, p.301).

De modo diverso do esposado, Luiz Régis Prado (2009, p.355) assevera que condutas lesivas ou potencialmente lesivas ao patrimônio genético humano estariam vedadas pelo tipo que proíbe a manipulação genética humana, muito embora siga permitido pelo ordenamento o legítimo recurso a quaisquer técnicas de reprodução humana assistida, conclusão que parece mais acertada, com a vênias dos que dela divergem.

Melhor seria, segundo setor da doutrina, que a Lei de Biossegurança tivesse contemplado uma concepção mista de engenharia genética, que abarcasse todas as técnicas de manipulação genética molecular e não molecular, com exceção das de reprodução assistida – opção político-criminal que teria oportunizado uma mais eficaz proteção do bem jurídico salvaguardado pelo artigo 25 da legislação em análise (Carvalho e Carvalho, 2007, p.301).

Demais disso, mas ainda acerca da conduta proibida pelo preceito penal, é preciso perquirir sobre o núcleo do tipo do artigo 25 da Lei Federal n. 11.105/2005. *Praticar* é aqui empregado no sentido de exercer profissionalmente certa atividade, cujo objeto é a engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humano. A tipificação penal advém da proibição ínsita ao artigo 6º, inciso III,¹³

13 “Art. 6º Fica proibido:

[...] III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.”

da Lei de Biossegurança; quem a descumprir responde, em tese, pelo delito cominado no artigo 25 (Nucci, 2009, p.121).

Quanto aos objetos de ação da mencionada figura delituosa, a Lei tão somente se ocupou de definir as células germinais humanas, *ex vi* do artigo 3º, inciso VII, do diploma legal.

Atentas ao imperativo de ofensividade (segundo o qual o crime é uma ofensa relevante a bens jurídico-penais), Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.302-3) asseguram que o legislador de 2005 errou ao incriminar qualquer tipo de intervenção sobre células germinais, zigoto ou embriões de origem humana, uma vez que só haveria lesão ou ameaça de lesão ao interesse acaso protegido pela norma se aqueles objetos materiais do delito viessem a ser efetivamente transferidos para o interior do útero feminino, com fins de procriação. Uma referida finalidade poderia constar do tipo como elemento subjetivo especial do delito (“para fins de procriação humana”), no magistério das autoras.

Também para Nostre (2005, on-line), ao cominar a prática do crime de engenharia genética em embriões, o legislador brasileiro de 2005 equivocadamente proibiu toda e qualquer forma de alteração gênica, “[...] impedindo intervenções terapêuticas já vislumbradas em pesquisas de todo o mundo”.

Ao analisar a conduta vedada pelo tipo penal em apreço, Sporerleder de Souza (2007, p.25-6) esclarece que tais manipulações genéticas decorreriam do emprego da tecnologia do ADN recombinante, por meio da terapia gênica. Essa terapia pode ser dos tipos *somática* (TGS, na forma abreviada) ou *germinativa* (TGG). Neste caso, quando a atuação ocorrer sobre as células germinativas (reprodutivas) ou sobre as células da linha germinal.

Enquanto a terapia somática restringe-se ao próprio indivíduo experimentado, a terapia germinal afeta, para além deste, sua eventual descendência. Em virtude desse potencial alcance futuro da técnica, tem-se repudiado o emprego da terapia gênica germinal, ainda que presumidamente de cunho terapêutico (Souza, 2007, p.26-7).

Para Gláucio Roberto Brittes de Araújo (2010, on-line), entretanto, a conduta vedada pelo artigo 25 da Lei de Biossegurança

é “[...] a intervenção direta em genes humanos, com alteração na estrutura genética dos cromossomos”. Assim, englobaria a terapia gênica e as modificações experimentais; restariam excluídas, de outra banda, as técnicas de reprodução assistida, por não compreenderem alteração da carga genética, mas tão somente a fusão dos gametas. Em razão do exposto, o autor acredita que o emprego da expressão “germinais” no tipo analisado foi apropriado, uma vez que a alteração de células somáticas – em contraposição às germinais – não se transmite às eventuais gerações posteriores.

No entendimento de Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (2008, p.208), a proibição da manipulação genética de células germinativas humanas e de zigoto e embrião humanos revelou-se acertada ante o princípio da precaução, “[...] haja vista que os riscos que tais procedimentos podem trazer para a espécie humana como um todo ainda são imprevisíveis”.

Semelhantemente entendeu Stella Maris Martínez (1998, p.227), para quem a alteração da dotação genética de células germinais destinadas a gerar um novo ser humano deve ser penalmente proibida em virtude do alto risco que sua prática implica: “[...] perigo que afeta estruturalmente a humanidade, cujo patrimônio genético poderia ser, desta maneira, alterado com consequências imprevisíveis”.

Objeto material e bem jurídico-penal protegido pela norma do art. 25 da Lei de Biossegurança

Impende perquirir sobre o bem jurídico-penal tutelado pelo artigo 25 da lei citada, o qual tem provocado divergência em seara doutrinal. Para Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.300), bem jurídico protegido pelo tipo em comento é a integridade ou intangibilidade do patrimônio genético da humanidade; no específico caso da manipulação de embriões, elas apontam para um dissenso na doutrina, muito embora para as autoras o interesse salvaguardado seja o mesmo: o genoma humano. Apenas subsidiariamente o referido tipo visa tutelar a carga genética do embrião manipulado, mas desde que este venha a ser implantado no útero materno.

Também para Maria Auxiliadora Minahim (2005, p.118), o crime do artigo 25 vem a tutelar a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade, erigida a bem jurídico-penal. Para Minahim (ibidem, p.115), os crimes da Lei n. 11.105/2005 tutelam a intangibilidade da espécie humana ante o uso abusivo da engenharia genética: “[...] os conceitos de engenharia genética na Lei 11.105/2005, assim como o de manipulação genética, que constitui o cerne da Lei 8.974/95, têm como objeto jurídico o patrimônio genético da espécie humana, e são também normativos”. Para a autora (ibidem, p.136), o crime de engenharia genética atenta contra a inalterabilidade de características humanas e sua diversidade genética.

Ampliando o rol dos interesses protegíveis pelo tipo de injusto do artigo 25, Nucci (2007, p.122) aponta como bens jurídicos tutelados pela norma em comento tanto a preservação do patrimônio genético, como a proteção à vida e à saúde humanas.

Prado (2009, p.354), ao seu turno, antevê duas diferentes perspectivas para o bem jurídico-penal do artigo 25 da Lei de Biossegurança: i) uma individual, referente à integridade genética do genótipo (embrião, feto ou ser humano nascido); e ii) outra coletiva, relacionada à inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.

Em sentido semelhante, Gláucio Roberto Brittes de Araújo (2010, on-line) enxerga na norma dois bens jurídicos protegidos pelo legislador: um individual, referente à integridade genética do fenótipo (embrião, feto ou homem nascido), e outro coletivo, consistente na inalterabilidade do patrimônio genético de toda a espécie humana.

Mais estreita é a concepção esposada por Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.28), para quem a norma proibitiva de engenharia genética humana visa emprestar sua tutela à identidade genética do ser humano, erigida assim à categoria de bem jurídico-penal no contexto da sociedade pós-industrial.

Decorrente do exposto, tem-se que o sujeito passivo do delito será: para Nucci (2009, p.122), a sociedade; para Prado (2009, p.354), tanto a pessoa nascida (para além do embrião implantado ou

do feto em gestação) quanto a coletividade; segundo Souza (2007, p.28), a humanidade, considerada em sua totalidade. Quanto ao sujeito ativo da conduta, não se antevê na doutrina majoritária qualquer divergência, sendo entendimento generalizado que se trata de delito comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa física.

Consoante escólio de Stella Maris Martínez (1998, p.99), todo o gênero humano titularizaria o interesse em conseguir uma tutela efetiva e plena da “substância embrionária humana”, impedindo seu uso abusivo em manipulações que atentam contra a dignidade humana ou que exponham a perigo – a um relevante e proibido risco – a sobrevivência da espécie.

No que toca à lesividade supostamente exigida para a configuração do injusto, Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.303) sustentam que se trata de delito de mera atividade, não requerendo a ocorrência de um resultado naturalístico, e de perigo abstrato, sendo idônea a justificar a imposição de pena tão somente a colocação em perigo do bem protegido. Admitem as autoras, na esteira disso, a forma tentada do delito. Também consoante Prado (2009, p.355), o crime é de mera atividade, perigo abstrato, comissivo e plurissubsistente, muito embora, em tese, seja inadmissível a tentativa para o citado autor.

A classificação do delito dada por Nucci (2009, p.122) caminha em trilha oposta: o crime do artigo 25 seria comum, instantâneo, comissivo, material, de dano, unissubjetivo, plurissubsistente e de forma livre, admitindo tentativa. Para sua configuração, “[...] demanda-se a efetiva lesão ao bem tutelado, no caso a potencialidade de vida da célula germinal, do zigoto ou do embrião”.

Solução mais heterodoxa é a encontrada por Souza (2007, p.29) para o enquadramento do delito em questão. Consoante o autor, o artigo 25 é crime material que se consuma com a modificação genética total ou parcial do genoma humano, admitindo, na esteira disso, a forma tentada. Não obstante, o crime seria de perigo abstrato, que se contenta com o resultado jurídico, ainda que não necessariamente naturalístico.

Para Araújo (2010, on-line), o crime em comento é comum, de mera atividade e de perigo abstrato, descabendo, na esteira desse pensamento, eventual tentativa delitiva.

Por fim, trata-se de crime doloso, não existindo previsão culposa, nem de qualificadoras ou causas de aumento de pena. A ação penal é pública incondicionada, de competência atribuível à Justiça Estadual (Prado, 2009, p.355). Cabe, quanto ao delito, a aplicação dos já mencionados benefícios penais (Nucci, 2009, p.122).

Como já se mencionou, entende-se que o bem protegido pelos delitos relacionados ao patrimônio genético humano é a *identidade genética humana*, que é uma nova dimensão do valor dignidade humana revelado pelo advento da sociedade de risco. Colocada assim a questão, qualquer conduta manipulatória potencialmente ofensiva a esse bem jurídico-penal seria típica, sendo o delito em apreço também ele um exemplo de crime de perigo abstrato, material e passível de tentativa.

A tipicidade das técnicas de *clonagem humana* no ordenamento jurídico brasileiro

Um voltar de olhos ainda que pontual para o delito do artigo 26 da Lei de Biossegurança revela que o devido desenvolvimento dogmático do crime de clonagem humana é questão deveras intrincada para os penalistas. Dispõe assim o mencionado artigo:

Art. 26. Realizar clonagem humana:

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

Elemento normativo jurídico do tipo de injusto em comento, clonagem é um “[...] processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética” (Prado, 2009, p.356). Dito de outro modo: trata-se de duplicar o material genético de uma célula ou organismo, sem, todavia, alterá-lo.¹⁴ Ausente assim qualquer alteração, a clonagem não constitui modalidade de

¹⁴ Porque, como visto, a alteração do genoma é alcançada pelo tipo do art. 25 da Lei de Biossegurança.

manipulação genética, já vedada pelo artigo 25 da legislação, o que justifica sua proibição em um tipo autônomo pela Lei de Biossegurança.

A legislação pátria, ao tratar do tema, diferencia entre clonagem para fins reprodutivos (artigo 3º, IX) e clonagem com escopo terapêutico ou curativo (artigo 3º, X), ambas igualmente vedadas pela ordem jurídica. Três são os principais argumentos a que recorre a maioria da doutrina para se posicionar contrariamente à prática da clonagem reprodutiva, que visa à obtenção de cópia completa de um ser vivo: i) identidade absoluta negadora da alteridade do clone; ii) instrumentalização negativa da pessoa do clone; e iii) determinismo negativo da autonomia do clone (ibidem, p.358).

Tão ofensiva é a clonagem reprodutiva ao Sistema Jurídico como um todo, e tão intenso o desvalor da conduta que a busca realizar, que, consoante Prado (ibidem, p.358), sua prática deveria ser penalmente vedada em todos os ordenamentos, “sem paliativos e de modo severo”, merecendo ser considerada uma grave forma de crime contra a humanidade.

Na esteira disso, Souza (2007, p.30) explica que duas são as técnicas que permitem a prática da clonagem: i) por divisão embrionária; e ii) por transferência de núcleo. Diferentemente da primeira, nesta utiliza-se apenas o gameta feminino (óvulo) para se obter um embrião clônico.

O consenso porventura verificado contra a permissão da clonagem reprodutiva não logrou se repetir quanto à modalidade terapêutica da técnica. A clonagem humana não reprodutiva, também chamada terapêutica, é “[...] uma biotécnica emergente que visa desenvolver novas terapias na medicina regenerativa a partir da obtenção e utilização das denominadas células-tronco (*stem cells*) embrionárias (provenientes de embriões humanos)” (ibidem, p.32).

Nesse sentido, a clonagem terapêutica insere-se no intrincado tema da experimentação humana embrionária, recaindo sobre embriões especialmente criados para isso e que serão necessariamente destruídos em razão da extração de suas células-tronco.

No particularizado caso desses embriões clônicos, estaria em questão um relevante valor para o ordenamento jurídico, a dignidade

humana, que “pode ver-se profundamente lesionada pela instrumentalização de um fim que lhe é alheio” (Carvalho e Carvalho, 2007, p.305). *In casu*, asseveram as autoras Gisele e Érika Mendes de Carvalho (ibidem, p.305) que já a criação, e não o puro uso em conformidade com o artigo 5º da lei, desses embriões revestiria sua mera existência físico-biológica de um conteúdo significativamente especial, assumindo eles o posto de bem jurídico-penal.

Já na opinião de Juliana Araújo Lemos da Silva Machado (2008, p.209), afigurou-se incoerente que o Estado tenha permitido o emprego de embriões extrauterinos gerados por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e tratamento e, ao mesmo tempo, em um mesmo diploma legislativo, tenha peremptoriamente proibido a clonagem terapêutica humana, “[...] cuja única finalidade é a produção em laboratório de células-tronco embrionárias que jamais seriam implantadas em um útero”.

Análise do tipo penal consistente em realizar clonagem humana

Feitos esses esclarecimentos, questiona-se acerca do bem jurídico protegido pelo artigo 26 da Lei de Biossegurança, cuja delimitação vai estar diretamente relacionada com as duas modalidades da técnica antes expostas.

Nessa trilha, Prado (2009, p.356) assenta que duas são as categorias de bens tutelados pela norma: i) de modo direto, a identidade e a irrepetibilidade do ser humano individualmente tomado; e ii) indiretamente, a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade. Ainda para o autor (ibidem, p.356-7), a equiparação sancionatória feita pela Lei no tratamento de objetos diversos como as clonagens reprodutiva e terapêutica tem merecido acertadas críticas, uma vez que esta não põe em risco a irrepetibilidade da carga genética do indivíduo, nem a variabilidade do patrimônio genético da espécie humana.

Também para Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.303) protegem-se dois bens jurídico-penais distintos no citado artigo 26:

i) um de caráter individual, a irrepetibilidade do código genético individual; e ii) um outro de dimensão assumidamente coletiva, qual seja, a diversidade do patrimônio genético humano.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p.123), em postura divergente das anteriormente expostas, nivela o objeto jurídico de proteção da norma do artigo 26 nas suas duas modalidades de realização típica, erigindo como bens jurídicos, a um só tempo, a preservação do patrimônio genético e a proteção à vida e à saúde humanas.

Nostre (2005, on-line), ao seu turno, assentou que ao incriminar a clonagem humana o legislador pretendeu tutelar a individualidade do ser humano, “[...] considerando que a duplicação genética de indivíduo é atentatória à dignidade da pessoa humana”.

Ampliando o rol de interesses tutelados pelo artigo 26 da lei, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.33-5) assevera que são de duas ordens os bens jurídico-penais porventura tutelados pelo preceito proibitivo. Assim, a clonagem reprodutiva ofenderia tanto a identidade genética quanto a dotação genética dupla da humanidade. Em sua modalidade não reprodutiva, por sua vez, a clonagem terapêutica lesionaria a vida humana embrionária, a dignidade reprodutiva humana, a dotação genética dupla do homem e a identidade genética da humanidade. Atente-se para o fato de que, embora a modalidade reprodutiva da clonagem seja mais ofensiva à ordem jurídica como um todo, Souza antevê na clonagem terapêutica peculiar capacidade de afetar mais diretamente bens jurídicos individuais e coletivos.

A doutrina nacional diverge quanto à classificação do crime de clonagem e ao resultado jurídico exigido para a sua legítima configuração. Para Gisele e Érika Mendes de Carvalho (2007, p.306-7), a clonagem reprodutiva é delito de resultado, que se consuma com a efetiva duplicação do material genético e a posterior transferência do clone ao útero materno, admitindo a forma tentada. Já a clonagem terapêutica poderia figurar como causa de exclusão de antijuridicidade do tipo do artigo 26, com lastro no estado de necessidade do artigo 24 do Código Penal brasileiro, em algumas hipóteses peculiares. Assim, prelecionam que, de uma perspectiva dogmática, a

clonagem terapêutica deverá ser considerada típica, mas restará excluída a ilicitude da conduta caso o agente tenha por fim criar embriões clonados a partir do código genético de um paciente que poderia vir a ser, em uma perspectiva objetiva, curado com o posterior transplante de células desses mesmos embriões.

Em sentido convergente, Araújo (2010, on-line) defende que a clonagem humana terapêutica, se considerada típica, poderia ter seu caráter ilícito excluído ao menos com recurso ao estado de necessidade, “[...] na hipótese de aproveitamento e transplante de células-tronco para tratamento e cura do respectivo paciente, sugestão que exigiria, em contrapartida, controle rígido das autoridades em todas etapas do procedimento”.

No magistério de Prado (2009, p.358-9), o crime é de resultado, comissivo e plurissubsistente, consumando-se com a realização da clonagem e admitindo eventual tentativa.

Semelhantemente para Araújo (2010, on-line), segundo quem o crime de clonagem do artigo 26 é delito de resultado, pressupondo a efetiva duplicação do material genético, comportando, portanto, a forma tentada.

Interessa reproduzir alerta feito por Nostre (2005, on-line), segundo o qual, no atual estágio das pesquisas científicas, a hipótese de clonagem humana não se afigura realizável, “[...] havendo, no máximo, condutas voltadas a esse fim, que não estariam abrangidas pelo tipo, sendo que, essas sim, poderiam apresentar algum grau de lesividade.”

Nucci (2009, p.123), ao seu turno e de modo diverso, assenta que, diferentemente dos tipos dos artigos 24 e 25 da Lei de Biossegurança, a clonagem humana é delito formal – “[...] não se exige resultado naturalístico, consistente na efetiva perda da vida ou da saúde humana, nem se demanda dano efetivo ao patrimônio genético” – e de perigo, contentando-se a norma com a potencial lesão aos interesses por ela tutelados, pelo que aqueles atos voltados ao fim de clonagem estariam sob o manto de proteção do tipo em apreço.

Para Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2007, p.36), o delito é material, exigindo a reprodução artificial do genoma humano, sendo

admissível a tentativa. No que se refere ao resultado jurídico, a solução é distinta para o mencionado autor: i) na clonagem reprodutiva, o crime é de perigo abstrato (em relação à identidade genética e à dotação genética dupla ou diferenciada); e ii) na sua forma dita terapêutica, é crime de dano (em relação à vida embrionária) e de perigo abstrato (em relação à dignidade reprodutiva humana, à identidade genética e à dotação genética dupla).

Por se tratar de crime comum, não prevendo a lei a ocorrência de nenhum conhecimento ou formação especial do sujeito ativo, pode ser, em tese, praticado por qualquer pessoa. Quanto ao sujeito passivo, Prado (2009, p.356) aponta para a existência de dois deles, a saber, o clone nascido por meio da eventual clonagem e a coletividade ou a espécie humana globalmente considerada. Consoante Nucci (2009, p.123), tão somente a sociedade ocuparia a posição de sujeito passivo do delito em comento, ao passo que, para Souza (2007, p.36), tanto a coletividade quanto a humanidade tomariam referido lugar na estrutura do delito de clonagem.

Tipo subjetivo do delito do artigo 26 da Lei de Biossegurança é o dolo, direto ou eventual. Não se pune a clonagem em sua forma culposa, ante a ausência de previsão legal.

Para Prado (2009, p.359), a pena cominada abstratamente ao crime ficaria aquém da exigida face à gravidade da infração penal e considerada a especial magnitude deste injusto. Inviáveis, ademais, a transação e a suspensão condicional do processo. Conforme a reprimenda eventualmente aplicada em concreto, caberiam, em tese, a substituição da pena por restritiva de direito e a suspensão condicional da pena.

Por uma revisão dogmática dos delitos da Lei de Biossegurança à luz da criação de um risco significativo ao bem jurídico protegido

Ante a séria divergência já apontada na doutrina quanto ao enquadramento dogmático dos delitos dos artigos 24 a 26 da Lei de

Biossegurança, impende tentar uma revisão dos mencionados tipos à luz da criação de um risco significativo e não permitido pelo Direito Penal ao bem jurídico protegido.

Não se pode olvidar, no entanto, a tarefa que é incumbida ao tipo penal no universo penal. Com efeito,

Ao tipo penal incumbe a tarefa de janela do direito penal para o mundo, sofrendo suas influências sistêmicas internas, ou seja, sua configuração no corpo da teoria do delito, bem como influências externas, tanto da atualização constante de seu conteúdo pelo órgão jurisdicional aplicador, quanto pela iniciativa política traduzida em seu verdadeiro combustível. Por meio da leitura dos tipos apreende-se o que determinada sociedade entende como insuportável e, ao mesmo tempo, o tipo é capaz de ensinar sobre esta mesma sociedade que controla. (Salvador Netto, 2006, 47)

Tendo em consideração o bem jurídico protegido pelos tipos anteriormente analisados, já se afirmou que, quando considerada a vida em sua dimensão coletiva e prospectiva, o que se protege nos delitos dos artigos 24 a 26 da Lei de Biossegurança é o bem jurídico-penal *identidade genética humana*, do qual é objeto material, sendo daquele suporte, o chamado *patrimônio genético humano* ou *genoma humano*. Na verdade, o genoma humano é o conjunto de genes da espécie, que, valorado à luz do Direito, faz surgir o *patrimônio genético humano*.

Muito embora a Constituição da República de 1988 não mencione expressamente o patrimônio genético humano em seu texto, referindo-se tão somente ao patrimônio genético ambiental do País no inciso II do parágrafo 2º do artigo 225,¹⁵ a fundamental relevância do genoma humano para a humanidade vai decorrer diretamente da

15 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

manifesta cláusula de socialidade inscrita no nosso modelo de Estado de Direito, para além da sua estreita relação com o valor diretriz da nossa Carta Política, consignado na dignidade da pessoa humana, conforme já analisado no Capítulo I.

Com base no citado artigo 225, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (2004, p.354) defende que também a Constituição brasileira de 1988 conforma materialmente a dignidade do bem *identidade genética*. Igualmente para Bianca da Silva Alves (2010, p.87), os

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º – A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são **patrimônio nacional**, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas” (grifos nossos).

bens jurídicos tutelados pela Lei de Biossegurança estariam, formal e materialmente, vinculados no texto constitucional vigente na nossa República.

Tanto é assim que se pode reconhecer, na contemporaneidade, o aparecimento de um novo direito humano fundamental – o direito ao genoma humano –, ele mesmo dotado de uma dupla perspectiva: em um prisma coletivo, é direito difuso e patrimônio genético de toda a humanidade; em uma óptica do indivíduo, deve ser entrevisto como direito individual à integridade genética,¹⁶ à identidade genética¹⁷ e à intimidade genética.¹⁸ Neste nível individual, uma eficaz e legítima proteção da constituição genética do indivíduo – do seu singular genoma humano – só é possível na correlação e na interação das três dimensões dos direitos anteriormente apontados.

Ao lado do reconhecimento de novos direitos fundamentais, é importante ressaltar, ainda, no âmbito do Sistema Jurídico-Penal, o crescimento do Direito Penal secundário, em contraposição ao Direito Penal de justiça cunhado por Jorge de Figueiredo Dias, claramente voltado à proteção de bens jurídicos coletivos e difusos. Nesse singular setor do Direito Penal, torna-se comum o emprego das técnicas de antecipação da tutela penal, mediante a criação de tipos de perigo – abstrato ou concreto –, de normas penais em branco ou tipos remetidos a outros comandos normativos, e de ilícitos de tipicidade aberta.

16 Deve ser entrevisto como uma nova configuração do consagrado direito à integridade física (direito ao corpo), agora colocado diante das novas técnicas de engenharia genética e das correspondentes novas potencialidades de lesão e agressão a esse corpo (Machado, 2008, p.184).

17 O conhecimento de que o código genético é único e irrepetido em cada ser humano, uma vez que a sequência das bases nitrogenadas dos nucleotídeos do ADN nunca é igual de uma pessoa para outra, conduz à noção de uma verdadeira identidade genética. Como conteúdo de um novo direito humano, a identidade ou individualidade genética expressa-se como o direito a um código genético totalmente uno e singular, que seja fruto de um processo aleatório em que os genes dos pais se combinam para dar origem a um novo genoma inteiramente distinto (Machado, 2008, p.184).

18 Que se constitui um desdobramento especial do direito à intimidade ou à privacidade, já que se abriu, com as novas técnicas, a possibilidade de conhecimento da bagagem genética de cada pessoa humana (Machado, 2008, p.186).

Relacionando o modelo de Estado ao bem jurídico-penal, Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.47, destaque no original) assevera que, uma vez firmada a relação de analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, tão somente com base nela é possível considerar que

[...] os bens jurídicos protegidos pelo direito penal de justiça se devem considerar como concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, os protegidos pelo direito penal administrativo e as concretizações dos ligados aos direitos sociais e à organização econômica.

Justamente por isso, Dias (ibidem, p.53) afirma que “[...] o direito penal secundário é, por excelência, campo onde medram conceitos normativos e indeterminados, cláusulas gerais e fórmulas de valor”. Ainda consoante Dias (ibidem, p.50), a distinção entre Direito Penal clássico ou de justiça e secundário ou administrativo vai buscar sua legitimação na dupla função desempenhada pela personalidade do homem no contexto material do Estado de Direito, *verbis*:

*[...] surgindo embora sempre como concreto e socializado, o homem realiza a sua personalidade na dupla esfera de sua actuação pessoal e da sua actuação comunitária, sem que uma se sobreponha à outra no seu relevo ou na sua validade originária; à protecção daquela se dirige o direito penal clássico (e, só nesse sentido, “primário”), à protecção desta o direito penal administrativo (*hoc sensu*, “secundário”).*

Em verdade, pela própria natureza especialmente frágil dos bens jurídico-penais protegidos pelo nomeado Direito Penal secundário é que vai se impor o recurso, de modo cada vez mais contundente, à noção de perigo.¹⁹ Não se pode olvidar que o perigo encontra-se

19 Ou, como quer o eminente Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.54, destaques no original): “A natureza específica, atrás assinalada, dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal secundário faz compreender que aqui se depare também com

intimamente ligado à ideia de risco, qualificadora da moderna sociedade pós-industrial.

Especialmente do campo do Direito Penal, pode-se apontar uma substituição da noção de bem jurídico-penal, no epicentro da teoria do delito, pela ideia da realização ou incremento de um risco não permitido pelo Sistema Jurídico e efetivamente realizado no resultado danoso do injusto. Se isso é recorrente no tradicional campo do chamado Direito Penal de justiça, na seara do Direito Penal secundário a influência da noção de causação de riscos tem sido ainda mais marcante. Com efeito, na seara do Direito Penal genético, é cada vez mais presente a imprescindibilidade da noção de risco não tolerado pelo Ordenamento para se legitimar os novos injustos penais.

Ademais, em virtude dos avanços na chamada vida de relação, inclusive no que atine ao patrimônio genético, vê-se um acréscimo ao catálogo dos bens jurídico-penais e às formas relevantes de ofensa, com uma supervalorização da sua exposição a perigo em detrimento do efetivo dano ao bem, sendo reclamada do Direito Penal uma “demanda acrescida de tutela” (Fernandes, 2003, p.57-8).

Do exposto, e isso é visível por ocasião da edição da vigente Lei de Biossegurança, o legislador infraconstitucional optou por criar para os tipos nela contidos um campo de proteção antecipada, mediante o emprego de tipos de perigo que são, em essência, tipos de contenção de riscos relevantes não permitidos pelo direito aos bens jurídico-penais.

Por isso, todo o enquadramento dogmático dos tipos previstos nos artigos 24 a 26 da Lei de Biossegurança deve ser feito sob a óptica da causação de um significativo risco não permitido ao bem jurídico *identidade genética humana*, definido em último sentido como a matriz biológica que vai conter as bases genéticas da vida presente e futura da espécie humana.

No sentido do aqui defendido, também os delitos da Lei de Biossegurança se relacionam à vida humana, mas não lhe imprimem uma

específicas necessidades e modos de concretização dos tipos-de-ilícito, tanto ao nível do agente como ao nível do facto”.

tutela singular e direta, como ocorre nos crimes da Parte Especial do Código Penal brasileiro.

Por sua imediata referência à dignidade humana da espécie, os tipos da Lei de Biossegurança aqui analisados protegem as matrizes genéticas da vida, que se manifestam biologicamente no genoma da espécie, este considerado um patrimônio de toda a humanidade.

Justamente por isso, os tipos dos artigos 24 a 26 da Lei são crimes de perigo abstrato em relação ao bem *identidade genética humana*. Ainda no delito consistente em realizar clonagem humana, o bem acaso tutelado é a *identidade genética da espécie*, sendo o tipo um delito de perigo. O que ocorre, nesse particular caso, é que o bem *identidade genética* vai se mostrar portador de outras camadas axiológico-valorativas, quais sejam: i) o direito à dupla dotação genética do ser humano; ii) o direito à irrepetibilidade genética; iii) o direito à contingência genética (a ser fruto de uma combinação gênica ao acaso); e iv) o direito a uma dotação genética diferenciada.

Referidas camadas se relacionam, por certo, com os já apontados desdobramentos do próprio direito ao genoma humano, em sua perspectiva individual.

De outra ponta, podem se revelar delitos materiais quando se coloca em perspectiva o objeto material sobre o qual recai a conduta delitiva. Quando concorrem tais hipóteses, admitem-se teoricamente as formas tentadas dos delitos de biossegurança voltados ao patrimônio genético da humanidade.

Fixado que o bem jurídico-penal tutelado é a identidade genética humana, quaisquer condutas criadoras de um risco significativo à inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade devem ser afastadas pelo Direito Penal de imediato, não sendo político-criminalmente recomendável que se espere, para sua atuação, um efetivo dano a tão importante bem.

Nesse sentido é que Bottini (2006, p.80-1) afirma que o agir típico precisa caracterizar sempre uma ação socialmente danosa, ainda que nos crimes de perigo abstrato essa ofensividade ou danosidade esteja diferida no tempo. Nesse modelo de crime, a tipicidade material vai requerer – para além do desvalor da ação e do desvalor

do resultado –, a periculosidade ou o risco ao bem jurídico protegido pela norma: “[...] para que um comportamento seja penalmente desvalorado, será necessária a presença de um risco relevante para um bem jurídico, mesmo que abstrato ou potencial” (ibidem, p.82).

No mesmo caminho, é preciso haver um nexo causal entre a conduta incriminada e o perigo de ofensa que se imprime ao bem jurídico tutelado penalmente. Com esteio em Urs Konrad Kindhauser (apud Figueiredo, 2010, p.314), tem-se que tão somente será racional proibir uma ação para evitar um dano quando a lesividade daquela se determina por sua vinculação necessariamente causal ao bem jurídico-penal tutelado.

À guisa de acertamento dos crimes de perigo com o reclamado princípio da ofensividade, o núcleo desvalioso de tais delitos de perigo abstrato revela uma forma de ofensa que pode ser então representada pelo desvalor do cuidado de perigo, consoante escólio de Fábio Roberto D’Ávila (apud Figueiredo, 2010, p.325-6).

Para que se possa legitimamente medir o grau de ofensividade de uma conduta nos delitos de perigo abstrato voltados a tutelar bens supraindividuais, como os relacionados à biossegurança e ao patrimônio genético humano, referida ofensa deverá ser aferida casuisticamente, a partir de uma concreta e mensurável afetação dos correlatos interesses pessoais atinentes àqueles bens (Figueiredo, 2010, p.319). Desta feita, no marco de um Estado Democrático de Direito de cariz material e social, será ilegítima a incriminação de condutas que não lesionem aqueles interesses pessoais coenvolvidos ao respectivo bem jurídico penal supraindividual.

Um modo de se conferir legitimidade aos crimes de perigo abstrato, segundo a doutrina, seria estruturar a redação típica de forma a condicionar a imputação a uma ofensa a interesses individuais, na condição de objetos materiais do tipo, com recurso ao já mencionado caráter poli-instrumental dos bens jurídico-penais supraindividuais.

Justamente por isso tem se defendido que, quanto ao aspecto material, qualquer espécie de delito terá o mesmo fundamento valorativo, que é a periculosidade do comportamento humano, distinguindo-se tão somente na atualidade ou na intensidade do

risco que tais condutas representam ao bem jurídico. Também os delitos de perigo abstrato, como os relacionados à biossegurança e ao patrimônio genético humano, representam uma periculosidade *ex ante* para os bens jurídicos, mas não se prescinde da exigência de que a ação ou omissão crie um perigo ao menos potencial para tais bens. Ainda que não mencionada expressamente no texto legal, a periculosidade é elemento implícito da tipicidade objetiva da conduta (Bottini, 2006, p.84).

Justamente em respeito à cláusula político-criminal de mínima intervenção, a conduta só será típica se efetivamente capaz de pôr em risco a indenidade desse bem. Assim, ainda que presente o objeto material e verificada a ocorrência do genoma humano no âmbito de atuação do sujeito ativo desses crimes, a conduta será típica e anti-jurídica se objetivamente idônea a criar (ou incrementar) um injusto risco não suportado pelo Sistema Jurídico-Penal ao bem protegido pela norma.

Nesse sentido, ao se pugnar pela revisão dos delitos de biossegurança à luz da criação de um risco ao bem jurídico-penal, impende lembrar que, no escólio de Bottini (*ibidem*, p.103):

O limite inquebrantável do direito penal é a existência de risco, que delimita a fronteira existente entre a prevenção e a precaução, de modo que fica afastada a incidência nas normas penais diante do descumprimento de regras de precaução, impostas pela ausência de conhecimento científico sobre a periculosidade das novas tecnologias e produtos.

Nos delitos aqui mencionados, exige-se a presença do chamado dolo de perigo, concebido como categoria conceitual autônoma, que pressupõe que o agente conhece o perigo da ação, sem desejar o resultado danoso e sem deixar de agir, admitindo eventualmente a ocorrência do perigo ao bem que é inseparável da conduta (Ilha da Silva, 2003, p.63).

Dogmaticamente, esse risco deveria se traduzir, ao final, na finalidade que se pretende com a experimentação com os embriões

extrauterinos ou da manipulação das células humanas germinais, de modo que os tipos dos artigos 24 e 25 da Lei de Biossegurança deveriam conter um elemento subjetivo especial do injusto, caracterizado pelo fim de procriação humana.

Desta feita, a incorporação do risco na tipicidade impõe ao juiz – quando não houver a descrição de uma conduta típica capaz de demarcar, adequadamente, o agir perigoso ao bem – um labor interpretativo que permita aplicar a norma penal em conformidade com os princípios de um Direito Penal democrático. Em uma tal perspectiva teleológica de (re)interpretação do tipo, será possível ao aplicador do direito afastar a tipicidade de comportamentos inofensivos ao bem jurídico supraindividual porque a perigosidade da conduta converte-se em elemento objetivo necessário do ilícito, que se deve avaliar mediante um juízo *ex ante* (Figueiredo, 2010, p.328).

Especificamente no que se refere ao delito de clonagem, ante sua gravidade perante os dois tipos imediatamente antecedentes, a mera realização da conduta vedada em lei – ainda que sem a efetiva transferência do embrião clonado ao útero para efeitos de gestação (na modalidade clonagem reprodutiva) – justifica a configuração do crime.

No caso específico da clonagem, o legislador da Lei de Biossegurança – por meio do tipo do artigo 26 – demarcou claramente os rígidos limites de suportabilidade de eventual risco advindo da conduta, reduzindo, sobremaneira, por meio do discurso penal, o espaço de riscos permitidos ou tolerados socialmente pelo Ordenamento Jurídico quando se tem em conta a mencionada atividade de clonagem.

CONCLUSÃO

1. O advento das modernas técnicas ligadas à ciência da vida, no marco sociológico da sociedade pós-industrial, provocou o aparecimento de novos riscos aptos a lesionar a própria espécie humana, requerendo uma legítima intervenção do Direito Penal. No que se refere às técnicas de reprodução humana assistida, a fertilização *in vitro* ou artificial engendrou o aparecimento de embriões humanos congelados fora do útero materno, sobre os quais a comunidade científica tem reclamado o uso para pesquisas de cunho terapêutico.
2. Embrião humano *in vitro* é o embrião não implantado em útero materno, formado artificialmente pela fusão dos gametas humanos mediante o emprego das técnicas de reprodução medicamente assistida.
3. Desde o século passado, o homem tornou-se definitivamente senhor e possuidor de sua própria natureza ao adquirir o poder de manipulação sobre o patrimônio genético da espécie. Ao manipular sua herança genética, modificando o genoma da espécie, o homem pratica o que convencionou chamar *engenharia genética humana*.
4. O Direito Penal assiste a uma rápida transição do modelo de delito de lesão a bens jurídicos individuais ao modelo de

delito de perigo (abstrato ou concreto) a bens supraindividuais, passando pelas categorias intermediárias.

5. Nesse modelo social, cujo elemento central é o risco, conceito normativo que passa a integrar a própria tipicidade no âmbito da teoria geral do delito, o Direito Penal atua mais preventivamente, ainda que por meio dos delitos de perigo, mas sem de fato abandonar sua missão constitucional de necessária proteção subsidiária de bens jurídicos especialmente indispensáveis à vida, em suas dimensões pessoal e coletiva.
6. No âmbito da categoria da tipicidade – enquanto escalão irrenunciável de qualquer conceito analítico de crime –, a conformação estrutural da sociedade contemporânea fez adentrar um elemento normativo-valorativo novo, consistente na criação ou incremento de um risco proibido e socialmente construído dentro de um modelo de Sistema Penal aberto.
7. Desde 1994, quando foi promulgada a Lei Federal n. 8.974, o patrimônio genético humano vem merecendo tutela por parte do Sistema Jurídico-Penal brasileiro, ainda que sob as contundentes críticas da doutrina que se debruçou sobre o tema.
8. No ano de 2005, com a superveniência da Lei Federal n. 11.105, ou Lei de Biossegurança, alteraram-se os parâmetros político-criminais de proteção penal do patrimônio genético humano, ora ampliando o âmbito de tutela eventualmente dispensada, ora intervindo minimamente neste âmbito. No que diz respeito ao embrião humano *in vitro*, a Lei de Biossegurança permitiu seu uso em pesquisas científicas terapêuticas, desde que atendidas as condições previstas no artigo 5º e seus respectivos parágrafos daquele diploma legal.
9. O caráter progressivo dispensado pelo Direito Penal à tutela da vida humana ao longo de suas fases pré e pós-natal não pode deixar de retroceder para alcançar também o embrião humano *in vitro*, sob pena de se violar a dignidade que lhe cabe enquanto ente integrante da espécie humana.

10. O embrião humano *in vitro* merece ser alçado à condição de ente jurídico-penalmente valorado, revelando-se a um só tempo digno, merecedor e carente dessa especial forma de tutela penal.
11. O *status* positivo conferido aprioristicamente ao embrião humano *in vitro* pelo Sistema Jurídico-Penal independe de qualquer referência direta à vida, atrelando-se a proteção deste ente, antes disso, ao valor da dignidade da pessoa humana, informador e conformador de todo o sistema de direitos fundamentais do ordenamento brasileiro, desde o advento da Constituição da República de 1988.
12. Os delitos contra o patrimônio genético humano, previstos na Lei de Biossegurança nos artigos 24 a 26, supostamente tutelariam diferentes bens jurídico-penais, muito embora a doutrina divirja acerca deles, apontando-se divergências, ainda, quanto à classificação de referidos delitos. Isso decorre da delimitação doutrinária imprecisa do bem jurídico-penal efetivamente protegido nos delitos relacionados à engenharia genética em sentido estrito, e da necessidade de se reinterpretar adequadamente, no marco da sociedade de riscos, a noção de ofensividade que se requer para a configuração de tais delitos.
13. Na sua atual configuração, o conteúdo jurídico do princípio político-criminal da ofensividade passou a compreender não somente a lesão diretamente aferível em relação ao bem tutelado, bem como o perigo de lesão a bens jurídico-penais de acentuada relevância.
14. Lesão, na modalidade de dano, e perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e desfechos pelo Sistema Jurídico-Penal, são, desta feita, espécies do gênero ofensividade.
15. Muito embora de qualidade superior ao diploma que a antecedeu, a Lei de Biossegurança de 2005 requer ser dogmaticamente desenvolvida, quanto aos delitos dos artigos 24 a 26, em conformidade com o Sistema Jurídico-Penal brasileiro, merecendo eventuais ajustes, *de lege ferenda*.

16. Nesse sentido, afirma-se que o bem jurídico-penal protegido em tais delitos não se confunde com o bem *vida humana* tutelado pela Parte Especial do Código Penal brasileiro, ainda que se relacione, em uma dimensão coletiva, com as matrizes genéticas da vida da espécie contidas no genoma humano.
17. Nos delitos contra a vida encartados na Parte Especial do Código Penal de 1940 – quais sejam, homicídio, infanticídio, participação em suicídio e aborto –, o objeto jurídico tutelado é a vida humana, extra ou intrauterina, singularmente considerada ante a conduta criminosa. Nesses casos, tem-se a ocorrência do bem jurídico-penal vida humana de natureza individual.
18. Nos delitos relacionados à engenharia genética, tendentes a alterar ou modificar o patrimônio genético humano, o que se protege é uma nova dimensão ou projeção da dignidade humana relevada pelo advento da sociedade pós-industrial, qual seja, a *identidade genética humana*, proporcionadora, ela mesma, das condições de existência futura de vida humana.
19. No delito consistente em realizar clonagem humana (artigo 26 da LBS), o bem tutelado também é a *identidade genética da espécie*, sendo o tipo um delito de perigo abstrato. O que ocorre, nesse particular caso, é que o bem *identidade genética* vai se mostrar portador de outras camadas axiológico-valorativas, quais sejam: i) o direito à dupla dotação genética do ser humano; ii) o direito à irrepetibilidade genética; iii) o direito à contingência genética (a ser fruto de uma combinação gênica ao acaso); e iv) o direito a uma dotação genética diferenciada.
20. Justamente em virtude da relevância desse bem para a presente e as futuras gerações, os delitos relacionados ao patrimônio genético humano são crimes de perigo abstrato, para os quais o Direito Penal legitimamente antecipa sua barreira de proteção para aquém do efetivo resultado materialmente danoso ao bem jurídico-penal tutelado.
21. Analisada a redação legislativa dos tipos ali contidos, concluiu-se que a solução de tutela do patrimônio genético do

homem encontrada pela Lei de Biossegurança de 2005 é tão somente parcialmente conforme a orientação político-criminal de intervenção mínima e a exigência de ofensividade impostas pela Constituição da República de 1988, uma vez que não se expôs, com clareza devida, quais as condutas objetivamente idôneas a criar um injusto risco ao bem *identidade genética humana*.

22. Não havendo a descrição de uma conduta típica capaz de demarcar adequadamente o agir perigoso ao bem que se tem por escopo salvaguardar, impõe-se ao aplicador da Lei de Biossegurança um labor interpretativo que permita aplicar a norma penal em conformidade com os princípios de um Direito Penal democrático, especialmente o vetor político-criminal da intervenção mínima e a exigência inderrogável da ofensividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALHO, C. S. Ética, genética e biotecnologia: o uso de células-tronco. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A.; GERHARDT, M. (coords.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.
- ALVES, B. da S. *Células-tronco embrionárias humanas: utilização ilegal e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ANDRADE, M. da C. et al. (org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- ANENCEFALIA: ministro Marco Aurélio libera processo para julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173588&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 mar. 2011.
- ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada n. 29*, de 12 de maio de 2008. Aprova o Regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) e o envio da informação de produção de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?mode-PRINTVERSION&id=31098>>. Acesso em: 22 fev. 2010.
- . Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Resolução da Diretoria Colegiada n. 23, de 27 de maio de 2011. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, 30 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/atos_normativos/legislacao-sanitaria/>

estabelecimentos-de-saude/banco-de-leite-de-sangue-de-celulas-de-cordao-umbilical-e-outros-orgaos/RESOLUCaO%20rde%2023%20DE%2027%20DE%20MAIO%20DE%202011.pdf>. Acesso em: 24 out. 2010.

_____. *2º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio*: dados relativos ao ano de 2008. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b33c3900405b667ebcc2ff330f10004b/relatorio_sisembrio_2.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 22 fev. 2010.

_____. *3º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio*: dados relativos ao ano de 2009. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/465af28041f3910b8ff8dfde10276bfb/SisEmbrio_3_relatorio.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 19 jul. 2011.

_____. *4º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio*: dados relativos ao ano de 2010. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/0a204c0046570a598e31bf0ce2062da6/4_relatorio_sisembrio.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 19 jul. 2011.

ANVISA divulga os dados do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sangue/sisembrio.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

ARAÚJO, G. R. B. de. *Questões filosóficas e dogmáticas sobre biossegurança e genética*. Disponível em: <<http://www.wpm.sp.gov.br/Ferramentas/Imprimir.aspx?Id=7098&AlbumId=0>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

BALTAZAR, P. *Projeto de Lei n. 6.006, de 5 de outubro de 2005*. Modifica a Lei n. 11.105, de 2005, a fim de se permitir o uso de células-tronco, obtidas por meio da clonagem terapêutica. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/345180.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

BARACHO, J. A. de O. Teoria geral da Bioética e do Biodireito. Biomédica. In: TEIXEIRA, S. de F. (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBAS, S. M. de A. N. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2007.

BARBOZA, H. H. Proteção jurídica do embrião humano. In: ROMEO CASABONA, C. M.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.248-68.

_____. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.527-49.

BARRIENTOS-PARRA, J.; MELO, E. C. V. B. O direito à intimidade na sociedade técnica: rumo a uma política pública em matéria de tratamento

- de dados pessoais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 45, n.180, p.197-213, out./dez. 2008.
- BARROSO, L. R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.241, p.93-120, jul./set. 2005.
- BECHARA, A. E. S. L. S. Admirável mundo novo? Embriões humanos, terapia genética e direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n.177, p.9-10, ago. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=3469>. Acesso em: 11 maio 2010.
- BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal*: parte especial. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.2.
- _____. *É desumano obrigar mulher dar à luz feto anencéfalo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-11/desumano_obrigar_mulher_dar_luz_feto_anencefalo?imprimir=1>. Acesso em: 6 mar. 2011.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÖHMER, M. Pesquisa em células-tronco humanas com responsabilidade política. *Bioética*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002. (Cadernos Adenauer 3, n.1)
- BOTTINI, P. C. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.61, p.44-121, 2006.
- BRAGA, P. A sociedade de risco e o direito penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 42, n.168, p.155-66, out./dez. 2005.
- BRAGA JÚNIOR, A. *Teoria da imputação objetiva*: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: Ius, 2010.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de fevereiro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, p.2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a Emenda 67, de 22 dez. 2010. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 out. 2011.
- _____. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1998. p.1. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jan. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8974.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 16º da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 5 fev. 2009.

_____. Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V e § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 14 mar. 2011.

_____. Ministério Público Federal. *Petição inicial da ADI n. 3.510*. Procurador-Geral da República: Cláudio Fonteles. Brasília, DF, 16 de maio de

2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazer-Download.asp?classe=ADI&processo=3510>>. Acesso em: 17 nov. 2008.
- . Supremo Tribunal Federal. *Acórdão proferido na ADI n. 3.510*. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 jun. 2010. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. DJe n. 96, Divulgação: 27/05/2010. Publicação: 28/05/2010. Ementário n. 2.403-1.
- . *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência: pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2011.
- . *Supremo Tribunal Federal*: processos: acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 2011.
- BRITO, C. A. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRITO, D. L. *A vida pré-natal na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007. (Estudos e monografias).
- BUSATO, P. C. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.94, v.836, p.386, jun. 2005.
- CÂMARA, G. C. O direito penal secundário e a tutela das futuras gerações. In: D'AVILA, F. R.; SOUZA, P. V. S. de (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006.
- CAMATA, G. *Projeto de lei n. 6.715, de 2009*, que “altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a eutanásia”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2010.
- CANARIS, C.-W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOLA, B. C. *Implicações ético-jurídicas da pesquisa em embriões excedentários e a tutela da vida humana*. Franca, 2009. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.
- CARVALHO, G. M. de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.
- . Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v.821, p.435-61, mar. 2004.

- _____. *Patrimônio genético & direito penal*: de acordo com a Lei 11.105/2005. Curitiba: Juruá, 2007a.
- _____.; CARVALHO, E. M. de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. In: PRADO, L. R. (coord.). *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007b, p.292-308.
- CARVALHO, K. G. de. *Direito constitucional*. 13.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CLOTET, J. Bioética como ética aplicada e genética. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v.5., n.2, p.173-83, 1997.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.1.358, de 19 de novembro de 1992*. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 24 fev. 2010.
- _____. Resolução n. 1.752, de 09 de setembro de 2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 set. 2004, Seção I, p.140. Disponível em: <http://sctransplantes.saude.sc.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=76>. Acesso em: 14 jun. 2010.
- _____. Resolução n. 1.805, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 nov. 2006, Seção I, p.169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 27 out. 2011.
- _____. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. de 2009, Seção I, p.90; Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

- _____. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. Define normas éticas para aplicação das técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jan. 2011, Seção I/n. 4, p.79. Disponível em: <<http://www.cremesp.com.br/?siteAcao=Legislacao&id=589>>. Acesso em: 18 mar. 2011.
- CORRÊA, E. A. de A.; CONRADO, M. O embrião e seus direitos. In: _____; GIACOIA, G.; CONRADO, M. (coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2007.
- COSTA, H. R. L. da. Genética e Direito: a questão das experiências com embriões humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.12, n.138, p.10, maio 2004. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2484>. Acesso em: 23 mar. 2005.
- COSTA, J. de F. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, M. da C. et al. (orgs.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.759-807.
- CUNHA, J. B. da N. *Bioética e anencefalia: viabilidade ética, jurídica e médica da antecipação do parto de fetos anencéfalos*. Franca, 2009. 206f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.
- CUNHA, R. S. *Direito penal: parte especial*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. (Ciências Criminais, 3).
- D’ÁVILA, F. R. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.64, p.78-98, 2007.
- _____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico: elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D’AVILA, F. R.; SOUZA, P. V. S. de. (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- _____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.80, p.7-34, 2009b.
- DIAS, F. F. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias – uma análise à luz da concepção de Estado

- Social e Democrático de Direito. In: D'AVILA, F. R.; SOUZA, P. V. S. de. (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006.
- DIAS, J. de F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- . O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.33, p.39-65, 2001.
- . *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v.2.
- . Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: D'AVILA, F. R.; SOUZA, P. V. S. de. (coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006.
- . O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: SILVA, L. N. (coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007.
- . A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.86, p.148-69, 2010.
- DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ENTENDA o que são células-tronco embrionárias. *Folha Online*, São Paulo, 4 mar. 2006. Ciência. Disponível em: <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimahora&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2010.
- EQUIPE da USP produz primeira linhagem brasileira de células-tronco embrionárias. *Folha Online*, São Paulo, 30 set. 2008. Ciência. Disponível em: <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimahora&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2010.
- FERNANDES, F. A. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- . Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, M. da C. et al. (org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- . Anencefalia: uma revisão dogmática à luz do bem jurídico protegido. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, a.17, n.200, p.24-6, jul. 2009.
- FERNANDES, P. S. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

- FERNANDES, S. da C. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERRAJOLI, L. A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n.94, p.9-30, abr./jun. 2003.
- FERRARESI, A. A. *Direitos fundamentais, biogenética e a tutela da vida*. Florianópolis: IPEJ, 2007.
- FERRAZ, A. C. B. de B. C. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FERRAZ, C. V. *Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FIGUEIREDO, G. G. de. Direito penal secundário, inflação legislativa e *white-collar crimes*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.87, p.298-343, 2010.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: parte especial*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v.1.
- FRANÇA, G. V. de. *Medicina legal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.
- FRANCO, A. S. Genética e direito penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.45, p.4-5, ago. 1996.
- . Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v.833, p.416, mar. 2005.
- . Genética humana e direito. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v.4, n.1, p.7-29, 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/393/356>. Acesso em: 12 mar. 2010.
- FUKUYAMA, F. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- GOMES, C. L. dos S. P.; SORDI, S. Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, M. C. C. L. dos. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, L. F. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>>. Acesso em: 7 out. 2007.
- . *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

- GRACIA, D. El estatuto del embrión. In: GAFO, J. (ed.). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998, p.79-109. (Dilemas éticos de la medicina actual; v.11).
- GRECO, L. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.82, p.165-85, 2010.
- HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HAMMERSCHMIDT, D. *Intimidade genética & direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.
- . Proteção jurídico-penal da biossegurança: algumas reflexões. In: PRADO, L. R. (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao código penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.5.
- ILHA DA SILVA, A. R. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- JAKOBS, G. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- . *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a. (Estudos de direito penal, v.6).
- . *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b. (Estudos de direito penal, v.10).
- JESUS, D. E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JOSÉ, C. J. G. *A construção existencial dos direitos humanos*. Franca, 2009. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.
- LEITE, E. de O. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, ano 9, n.29, p.121-46, 1996.
- LOPES, A. D. Pelo fim da hipocrisia. *Veja*, São Paulo, n.2.076, p.74-5, 3 set. 2008,
- LORA ALARCÓN, P. de J. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.
- LOUREIRO, J. C. S. G. Tomemos a sério os direitos do embrião e do feto. *Cadernos de Bioética*, Coimbra, n.14, p.3-63, abr./jun.1997.

- MACHADO, J. A. L. da S. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano*. São Paulo: Unesp, 2008.
- MALUF, E. *Manipulação genética e o direito penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MARCÃO, R. Eutanásia e ortotanásia no Anteprojeto de Código Penal Brasileiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.6, n.31, p.17-24, abr./maio 2005.
- MARQUES, J. F. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. v 4.
- MARQUES, M. B. *O que é célula-tronco*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MARTÍNEZ, S. M. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998. v.6.
- MARTINS-COSTA, J.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Lei de Biossegurança – revisitando a *medusa* legislativa. In: NICOLAU JÚNIOR, M. (coord.). *Novos direitos: a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MEIRELLES, J. M. L. de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MINAHIM, M. A. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. (Ciência do direito penal contemporânea; v.8).
- . Reflexos do dissenso moral sobre o uso de células-tronco embrionárias no direito penal brasileiro: bioética e valores. In: ———; FREITAS, T. B.; OLIVEIRA, T. P. (coords.). *Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá, 2010.
- MOURA, J. V. dos S. Modalidades do infanticídio. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.6, n.34, p.46-50, out./nov. 2005.
- NOSTRE, G. A. de M. O direito penal em face da revolução biológica. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.13, n.152, p.9-10, jul. 2005.
- NUCCI, G. de S. *Código penal comentado*. 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- . *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- OTERO, P. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PETTERLE, S. R. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- PINHEIRO, A. Corte da UE veta patente e desencoraja pesquisa com célula-tronco embrionária. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-18/corte-ue-veta-patente-desencoraja-pesquisa-celula-tronco-embrionaria>>. Acesso em: 18 out. 2011.
- PINOTTI, J. A. *Projeto de Lei n. 3.067, de 25 de março de 2008*. Estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP; proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/546968.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- . *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- . (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos de homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- . *Direito penal do ambiente*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- PRITTWITZ, C. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.12, n.47, p.31-45, abr./mar. 2004.
- QUEIROZ, P. de S. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- . *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIBEIRO, B. S. P. Eutanásia e ortotanásia: perspectivas atuais no ordenamento jurídico nacional. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n.219, p.15-6, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4295>. Acesso em: 21 mar. 2011.
- RIBEIRO, G. P. L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M. de F. F. de (org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROCHA, F. A. N. Galvão da; VARELLA, M. D. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v.741, p.463-83, jul.1997.

- ROCHA, R. da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ROMEO CASABONA, C. M.; QUEIROZ, J. F. (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- . *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- . *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÁ, M. de F. F. de. (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ; NAVES, B. T. de O. *Bioética, biodireito e o código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SALVADOR NETTO, A. V. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SANT'ANNA, A. A. *A nova genética e a tutela penal da integridade física*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- SANTOS, M. C. C. L. dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- SARLET, I. W. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHOCKENHOFF, E. Quem é um embrião? In: *BIOÉTICA*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002. (Cadernos Adenauer 3, n.1.).
- SCHÜNEMANN, B. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.53, p.9-37, mar/abr. 2005.
- SILVA, J. A. da. A questão das células-tronco embrionárias. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 21 mar. 2008, p.A-3.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011 (Ciências criminais no século XXI, v.6).
- SIRVINSKAS, L. P. Tutela penal do patrimônio genético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v.790, p.475-94, ago. 2001.
- SOARES, V. S. O embrião excedentário e as terapias celulares: uma análise da Lei de Biossegurança sob o prisma constitucional. In: NICOLAU JÚNIOR, M. (coord.). *Novos direitos: a essencialidade do conhecimento*,

- da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um Estado Democrático Constitucional de Direito na contemporaneidade brasileira. Curitiba: Juruá, 2007.
- SOUZA, L. A. de; OKAI, F. G. A intervenção do direito penal na biossegurança: uma ilusão futurista. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n.206, p.9-10, jan. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4016>. Acesso em: 14 mar. 2010.
- SOUZA, P. V. S. de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- . *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- . *Direito penal genético e a lei de biossegurança: Lei 11.105/2005: comentários sobre os crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STARCK, C. El estatuto moral del embrión. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.15, p.139-49, jul./dez. 2001.
- TAKAYAMA, H. *Projeto de Lei n. 5.134, de 4 de maio de 2005*. Altera a redação do art. 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, e dá outras providências. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/303685.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- TEODORO, F. J. M. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2008.
- TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de direito penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- UNESCO. *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997*. Aprovada na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco de 1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm>. Acesso em: 27 out. 2011.
- VASCONCELOS, C. B. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.
- WIDER, R. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GLOSSÁRIO

ADN: ácido desoxirribonucleico; é o material cromossômico possuidor da informação genética das células vivas.

Alimentos transgênicos: são os alimentos geneticamente modificados em laboratórios, por consequência direta da atividade humana.

ARN: ou ácido ribonucleico, que, junto com o ADN, é o material genético que contém as informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

Biodireito: é um subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, voltado ao estudo e à disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina. Em síntese, é o reflexo jurídico das normas da Bioética.

Biodiversidade ou diversidade biológica: é a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos, e os complexos ecológicos que deles fazem parte.

Bioética: é o estudo da moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida; tem por escopo a demarcação das possibilidades e limites dos progressos científicos nos domínios da biotecnologia e da biomedicina, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados pela sociedade e pela humanidade em geral.

Pode ser entendida, ainda, como o estudo sistemático-científico das condições éticas para a preservação da dignidade da vida humana.

Biopirataria: é a transferência ilícita da biodiversidade de um país para outros, com finalidade lucrativa.

Biossegurança: é o conjunto de normas legais e regulamentares que estabelecem critérios e técnicas para a manipulação genética, no sentido de se evitarem danos ao meio ambiente e à saúde humana. É o conjunto de ações que visam controlar, limitar ou neutralizar os riscos advindos da prática de diferentes tecnologias em laboratório ou no meio ambiente.

Biotecnologia: é o conjunto das tecnologias que integram as ciências naturais e os organismos, suas células e análogos moleculares para gerar produtos e serviços.

Células-tronco: são células mestras indiferenciadas com capacidade de se autorrenovar e de se dividir ilimitadamente, *in vitro* ou *in vivo*, transformando-se em diversos tipos de células especializadas. Dito de outro modo, são células não especializadas que detêm a capacidade de se renovar, mediante a divisão celular, e que, sob certas condições, podem se transformar em células especializadas do corpo humano. Elas se subdividem em três diferentes grupos: **a) células-tronco germinativas:** são os óvulos e os espermatozoides; **b) células-tronco embrionárias:** é o óvulo já fecundado; e **c) células-tronco adultas:** aquelas extraídas de um órgão já formado.

Clonagem: é a reprodução de espécies a partir de células outras que não os gametas, dando origem a espécimes geneticamente idênticos, os chamados clones.

Comissão Interna de Biossegurança: órgão a quem incumbe adotar as medidas necessárias de segurança no interior de cada instituição ou entidades que manipulem organismos geneticamente modificados e avaliar os eventuais riscos dessas atividades para a comunidade e o meio ambiente.

Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTN-Bio): vinculada ao Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia do Ministério da Ciência e Tecnologia, é uma instância colegiada multidisciplinar cujo fim é prestar apoio técnico consultivo e de

assessoramento ao governo federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa aos organismos geneticamente modificados.

Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS): é o órgão de assessoramento da Presidência da República superior ao CTNBio e ao CIBio, podendo, em grau de recurso ou mediante avocação do processo, tomar decisões definitivas no que tange à implementação da Política Nacional de Biossegurança.

Crimes de engenharia ou manipulação genética humana: são aquelas atividades que, de modo programado e não natural, permitem modificar total ou parcialmente, com fins não terapêuticos e mediante a manipulação de genes, o genoma humano.

Cromossomo: é uma molécula longa e única de ADN que contém muitos genes e atua no sistema de armazenamento e transmissão da informação genética das espécies.

Direito penal genético: ramo do Direito Penal que se ocupa da genética humana e não humana, e visa ao estudo das implicações jurídico-penais decorrentes da aplicação da tecnologia sobre o ser humano, sobre os demais seres vivos e sobre o meio ambiente.

Ectogênese: é o desenvolvimento completo de um ser humano fora do útero materno, ainda impossível no atual estado da técnica.

Embrião: organismo que se forma após a fecundação dos gametas masculino e feminino, abrangendo, basicamente, o período que vai da segunda à oitava semana de desenvolvimento gestacional.

Embrião congelado: é o óvulo fertilizado em clínicas de reprodução humana assistida, geralmente crioconservado no estágio de blástula, que é uma estrutura com cerca de uma centena de células.

Engenharia genética: é a ciência que estuda o patrimônio genético e a biodiversidade existente no meio ambiente, consubstanciada no exercício da atividade de manipulação de moléculas de ADN ou ARN recombinante.

Fecundação: é o processo biológico constituído por uma sequência de eventos que começa com a união dos gametas e a mistura dos seus cromossomos, formando uma nova célula denominada embrião.

Fertilização *in vitro*: na sua forma convencional, consiste na fusão dos gametas humanos em ambiente artificialmente produzido e a posterior transferência do embrião para o útero.

Feto: organismo pré-natal que se desenvolve após a oitava semana de gestação, quando se encerra a fase embrionária, até o ulterior nascimento do ser humano.

Gametas: são as células sexuais responsáveis pela reprodução da espécie; no homem, é o espermatozoide, e na mulher, o óvulo ou oócito.

Genes: são elementos que carregam consigo todas as informações genéticas de um determinado indivíduo. São os veículos pelos quais os seres vivos transmitem informação genética de uma geração para as outras.

Genética: é a disciplina que examina os fundamentos e a diferença da hereditariedade humana, assim como os mecanismos de origem e transmissão dessa diferença sobre as gerações; é a ciência que estuda a transmissão hereditária, podendo ser dividida em genética humana e não humana. Genética humana é a disciplina que se ocupa dos fundamentos e diferenças da hereditariedade humana, e examina os mecanismos da origem e transmissão desta diferença sobre as posteriores gerações. Nela se aplicam os métodos e procedimentos genotecnológicos sobre o homem.

Lei de Biossegurança: é a Lei Federal n. 11.105, de 28 de março de 2005.

Hidridoma: é uma linhagem celular produzida pela fusão de um mieloma com um linfócito ou glóbulo branco; nele, as imunoglobinas das células-mãe continuam a se expressar. É uma linhagem utilizada na obtenção de anticorpos – células de defesa – monoclonais.

Monitoramento: é o procedimento de análise permanente das atividades e projetos de biossegurança, incluindo as pesquisas científicas relacionadas aos organismos geneticamente modificados.

Mutagênese: é a indução de alterações herdáveis na constituição genética de uma célula, modificadora de seu ADN.

Nidação: é o processo de fixação do embrião no útero, realiza-se completamente até o décimo dia após a fusão dos gametas.

Organismo: é toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas posteriormente.

Organismo geneticamente modificado: ou OGM, é todo material genético – ADN ou ARN – que tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, conforme definição dada pelo art. 3º, V, da Lei de Biossegurança.

Patrimônio genético: o conjunto de todos os organismos vivos encontrados na natureza, constituindo a biodiversidade. O patrimônio genético do País é expressamente protegido pelo artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Patrimônio genético humano ou genoma humano: é, segundo a Unesco, a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade.

Projeto Genoma: programa científico que teve por escopo catalogar todos os genes da espécie humana para armazená-los em um banco de dados e, a partir daí, iniciar a pesquisa de cada um dos genes que constituem os cromossomos dessa espécie.

Protoplasma: é o nome dado ao conteúdo de uma célula viva, formada pelo citoplasma e pelo núcleo.

Recombinação gênica: é a troca ou adição, biologicamente normal, de genes de diferentes origens para formar um cromossomo alterado que possa ser replicado, transcrito e traduzido.

Redução embrionária: é a provocação dolosa da morte de um ou mais embriões uterinos. Consoante a Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

Reprodução assistida: ou reprodução humana medicamente assistida, é o conjunto das técnicas que permitem a reprodução humana fora do processo natural. De acordo com o Conselho Federal de Medicina, as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras

terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou sido consideradas inapropriadas.

Senescência replicativa: perda da capacidade de proliferação das células somáticas humanas, após um período de proliferação em um dado meio de cultura.

Terapia celular: é o conjunto de métodos e abordagens tecnológicas que utilizam células para o tratamento de doenças.

Terapia gênica: é a técnica consistente na retirada ou tratamento de genes humanos defeituosos para serem reparados e recolocados no organismo do paciente.

Zigoto: organismo formado pela união dos gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozoide) no processo reprodutivo, até os primeiros quatorze dias, contados da fecundação.

APÊNDICES

APÊNDICE A

ANÁLISE DOS VOTOS PROFERIDOS PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3.510

Aparato neural: ministro Carlos Ayres Britto

Não obstante a divergência entre os ministros votantes, o STF entendeu, nos precisos termos do voto do relator da matéria, que o embrião humano *in vitro* não se equipara à pessoa humana, muito embora seja dotado de certa dose de dignidade constitucional. No julgamento da ADI 3.510, o relator da matéria no STF fixou o entendimento da Corte acerca da concepção jurídica da vida, asseverando, ademais, que “vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral”, conforme voto do ministro Carlos Ayres Britto.

Ainda em conformidade com o entendimento esposado pelo citado ministro, a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, senão da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada pelo ordenamento jurídico de compostura física ou natural.

Com base no pensamento do constitucionalista norte-americano Ronald Dworkin, o relator da ação de inconstitucionalidade fez ressaltar, demais disso, que o direito protegeria de modo variado cada

etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, sendo tal tutela empreendida na exata proporção do que se chamou de “investimentos criativos naturais e humanos”.

No que diretamente concerne ao Direito Penal, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que o embrião humano *in vitro* não poderia, de forma alguma, ser alcançado pelas normas penais que tipificam o crime de aborto, porque o bem jurídico-penal protegido em tais tipos de delitos contra a vida é um organismo ou entidade pré-natal – quer em estado embrionário, quer em estado fetal –, mas desde que no interior do corpo feminino. Noutro dizer, *verbis*:

Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea (a) do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, esclarecer-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.

Naquela ocasião, fixou-se também o entendimento de que os embriões referidos pela Lei de Biossegurança e, portanto, passíveis de serem utilizados em pesquisas científicas terapêuticas, constituem um particularizado caso de embrião: são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém artificialmente, em laboratório, para fins de reprodução assistida. Nesse caso de concepção artificial, ter-se-ia, consoante Britto, uma realidade biológica em que os fenômenos concepção e gestação não coincidem, da mesma forma que ocorre essa artificial dissociação entre concepção e nascituro.

Ao embrião referido no art. 5º da Lei de Biossegurança, faltam-lhe, ainda, todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que funcionam como o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação, em consonância com o entendimento defendido pelo relator. Desta feita, e com fundamento em um paralelo traçado com a Lei Federal n. 9.434, que disciplina o transplante de órgãos, o relator da matéria no STF disciplinou, na oportunidade, que o cérebro humano é o divisor de águas para se estabelecer início e fim da personalidade humana. De forma que, em face da ausência de substrato neural no embrião humano crioconservado ou inviável, pessoa humana não existiria nem como potencialidade diante da inescandível realidade de que, consoante o relator, não há pessoa humana sem o devido aparato neural.

Do voto do relator, extrai-se que ele, muito embora use o aparato neural humano para marcar o termo inicial da vida, considera pessoa humana tão somente aquela já nascida viva. Ou seja, vida pré-natal haveria desde a formação do sistema nervoso; já a pessoa humana, somente a partir do seu nascimento com vida.

Britto asseverou ainda que, muito embora nossa Constituição da República não esclareça quando começa a vida humana, deixando de fixar explicitamente a concepção jurídica deste fenômeno biológico, esse “mutismo hermeneuticamente signficante” permitiria assentar a tese da reserva de personalidade civil ou biográfica tão somente para o nativivo, sem se aplicar a nenhuma das formas de vida pré-natal.

Dessa feita, o relator da ADI concluiu que, quando o inciso III do art. 1º da CR88 fala da “dignidade da pessoa humana”, o constituinte originário se referiu só “à pessoa naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual”, em conformidade com o escólio do jurista José Afonso da Silva. E mais: os direitos e garantias consagrados sob o timbre da fundamentalidade no art. 5º da Constituição de 1988 seriam assim atribuídos apenas ao indivíduo já pessoa, a um já personalizado indivíduo.

O relator apontou que, diferentemente do defendido pela Procuradoria Geral da República, os parâmetros estabelecidos pelo art. 5º

da Lei Federal n. 11.105 dotaram o embrião *in vitro* de uma inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum outro diploma legal – representando, portanto, um avanço em relação à sua situação anterior à lei questionada e delimitando-se, de modo pioneiro, o estatuto legal do embrião humano.

Entretanto, é preciso prosseguir na análise dos votos para buscar os contornos traçados pelo STF no tocante ao que se denomina de estatuto jurídico-penal do embrião extrauterino.

Atributo de humanidade: ministro Cezar Peluso

Em sentido oposto ao relator, o ministro Cezar Peluso asseverou que os conceitos de vida e de pessoa deveriam ser reconstruídos, ou mesmo construídos, dentro dos limites materiais dados pelo ordenamento constitucional brasileiro, sob pena de restar ilegítima qualquer invocação de categorias da dogmática e do direito civil para dar cabo de tal tarefa hermenêutica, o que acabaria por inverter a ordem escalonada de normas que se estrutura a partir da Constituição da República.

De início, Peluso optou por rechaçar argumentos que ele entende impertinentes para o adequado deslinde da questão, a saber: a) é insuficiente a analogia entre a morte cerebral como marco legal do fim da vida e a neurulação, ou estágio de esboço do sistema nervoso, para demarcar o início da vida humana; b) não tem relevância o argumento de que as pesquisas com células-tronco adultas são mais ou menos promissoras que as empreendidas com as células-tronco embrionárias; c) não se pode graduar o Direito Constitucional à vida com a “régua impertinente” da legislação ordinária subalterna, de modo a defender que, com o crime de homicídio tem pena maior que a do aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina e, *a fortiori*, as “células embrionárias”; d) também é forçosa a equiparação das pesquisas com células-tronco com a prática abortiva, porque a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e ss. do Código Penal brasileiro); e) de

que a declaração de constitucionalidade da norma teria o automático efeito de desencadear uma tendência de comercialização de embriões humanos; e f) a referência ao argumento da paternidade responsável serve somente à justificação do emprego dos meios de fertilização *in vitro* e de um de seus “efeitos colaterais”, que é a produção de excedentes embrionários, sendo uma questão prévia mas autônoma em relação ao problema jurídico-constitucional posto à Corte.

No voto do ministro Peluso, restou consignado que o atributo de humanidade já estaria presente tanto no embrião quanto nas demais fases do desenvolvimento do homem; entretanto, embriões congelados não têm, na visão do referido ministro, vida suscetível de tutela na acepção do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. E mais: os embriões humanos ditos excedentários não são, enquanto tais, sujeitos do direito à vida, nem sequer guardam expectativa desse direito. Assim traçada a natureza do estatuto moral e jurídico do embrião humano isolado, Peluso reconheceu um lícito poder jurídico de disposição dos casais sobre seus embriões gerados em laboratório.

Ainda conforme Cezar Peluso, o embrião isolado, enquanto matéria-prima da vida humana, poderia ser considerado uma *res especialíssima* a qual o ordenamento jurídico franqueia disponibilidade, de um lado, ao passo que, de outro, determina-lhe alguma forma e grau de proteção. No entendimento do referido ministro, provém diretamente da Constituição da República o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, considerada sua dignidade própria de matriz da vida humana.

O ministro Peluso entendeu descabida a teoria de que o direito à vida seria suscetível de gradações axiológicas – e o voto do ministro Joaquim Barbosa caminha nesse sentido, conforme se verá adiante. Consoante Peluso, muito embora o embrião congelado participe em grau primitivo dos requisitos da proteção à dignidade humana, a tutela constitucional da vida não se aplica, em sua integralidade, às específicas classes dos embriões inviáveis e aos criopreservados.

O material embrionário resultante das técnicas de fertilização em laboratório, por não se enquadrar em nenhum conceito aceitável de vida humana, não pode ser sujeito de direitos, mas é objeto de proteção jurídica.

No mesmo sentido do voto proferido pelo relator do caso, Peluso entendeu que “[...] não se pode reduzir a complexidade da pessoa humana como organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente biológico de sua mera completude ou perfeição genética, encravada na célebre ‘escada torcida em forma helicoidal’”. Na esteira do exposto, tais embriões isolados – ainda que corporifiquem o que se pretende por patrimônio genético humano – não têm vida passível da tutela constitucional.

Isso ocorre porque o reconhecimento da mera posse desse material genético de pessoa não seria idôneo para conferir a essa particular categoria de embrião o mesmo equivalente valor moral e jurídico dispensado ao homem. Em conformidade com o que entendeu o relator da ADI, Cezar Peluso também sustentou a teoria de que a presença de alguma estrutura de neurônios é requisito mínimo indispensável para induzir o status moral de uma pessoa.

Não obstante o voto pela improcedência da ADI, o ministro aplicou a chamada técnica da interpretação conforme para deixar consignado, em seu voto, que: a) a autorização dada pelo art. 5º da Lei de Biossegurança restringe o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos; b) reputar servidores públicos, na forma do art. 319 do Código Penal, os membros das comissões de ética e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos arts. 24, 25 e 26 da Lei Federal n. 11.105/2005, por omissão imprópria, quando, de modo doloso, deixarem de agir em conformidade com seus deveres; e c) submeter os aludidos projetos de pesquisa ao Ministério da Saúde, ao Conselho Nacional de Saúde e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma a ser posteriormente regulamentada.

Assentou, ainda, que as normas penais não valoram de modo diverso, quando da cominação das penas em abstrato, o bem

jurídico da vida em estado hipotético de violação, senão a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Tem-se aí uma clara diretriz político-criminal que em nada diminui a tutela do direito à vida, “[...] que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos”.

A medida da pena prende-se mais ao desvalor normativo da conduta típica, donde o ministro afirmar que, *verbis*:

[...] A pena cominada, embora guarde certo nexó lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é diretamente proporcional ao valor normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido algum se presta a sustentar a peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de gradações axiológicas no seu status jurídico de fundante valor objetivo constitucional.

No que mais detidamente interessa, o ministro Peluso sugeriu que o Parlamento rapidamente aprovasse uma lei que transforme o inadimplemento de tais deveres dos membros dos comitês de ética em tipos penais autônomos, com cominação de penas severas, em razão da magnitude dos bens jurídicos envolvidos na causa, bens esses que estariam “[...] todos conexos com o primado da dignidade da pessoa humana e das suas expressões genéticas”.

Princípio utilitarista: ministra Ellen Gracie

A então presidente do STF, ministra Ellen Gracie, proferiu voto no sentido da improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria Geral da República, ressaltando, ainda, que não caberia ao Supremo estabelecer conceitos que não estivessem, ainda que implicitamente, plasmados na Constituição da República, como a controvertida questão do termo inicial da vida

humana. A ministra chamou a atenção para a estreita vinculação das pesquisas científicas previstas na Lei de Biossegurança com o debate acerca da aceitação do excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade visada pelas atuais técnicas de reprodução humana assistida – técnicas essas regulamentadas tão somente pela Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.

Recorrendo à formulação teórico-científica que diferencia o pré-embrião do embrião, Ellen Gracie entendeu não haver “[...] qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte”.

Consoante a ministra, ainda que não fosse aceita a concepção que diferencia a condição do pré-embrião (“massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir”) do embrião propriamente considerado (“unidade detentora de vida humana individualizada”), a aplicação do princípio utilitarista, por si só, justificaria o aproveitamento de tais embriões *in vitro* nas pesquisas científicas com células-tronco. Mencionado princípio poderia ser resumido no enunciado segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível.

A ministra Ellen Gracie recorreu aos escólios da professora Letícia Cesarino, que, com fulcro no pensamento de Michael Mulkey, conclui que o advento dessa nova categoria do pré-embrião permitiu remover o objeto (*sic*) da experimentação científica do âmbito do discurso ético-moral para inseri-lo em um universo pretensa e estritamente técnico.

Notadamente no que mais releva a este trabalho, a ministra salientou que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua indevida manipulação, tipificou como crime a comercialização do embrião humano, cominando à conduta a pena do art. 15º, da Lei de Doação de Órgãos, bem como sua utilização fora dos moldes do art. 5º da Lei Federal n. 11.105/2005. Ademais, a ministra salientou que a referida lei classificou como delito a prática de engenharia genética

em célula germinal, zigoto ou embrião humano, e a chamada clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26 do mencionado diploma legal).

Perspectiva opinativa: ministro Marco Aurélio de Mello

O ministro Marco Aurélio de Mello proferiu voto no qual consignou que, no que se refere ao marco inicial da vida humana, não haveria balizamento possível que escapasse a uma perspectiva meramente opinativa, citando, a saber, as seguintes teorias desenvolvidas para dar resposta à questão: a) a da concepção; b) a da nidação do feto à parede do útero; c) a da formação das características individuais do feto; d) a da percepção dos primeiros movimentos do feto pela gestante; e) a da viabilidade em termos de persistência da gravidez; e f) a do nascimento.

Consoante o ministro, o início da vida humana pressupõe, sob uma perspectiva biológica, para além da fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide, a presença objetiva da gestação humana como condição que a tornaria viável. De maneira que, conforme o ministro, se já seria controvertido afirmar que a Constituição da República brasileira protege a vida humana de forma geral, inclusive a uterina, em qualquer de suas fases, “[...] o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro* já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar no nascimento”.

Nesse sentido, o ministro concluiu, por ocasião do julgamento da ADI 3.510, que o então impugnado art. 5º da Lei de Biossegurança encontra-se em harmonia com o disposto na Constituição Federal, de maneira especial com os arts. 1º e 5º da Carta Magna, e com o princípio da razoabilidade, considerando, por fim, totalmente improcedente a declaração de sua inconstitucionalidade.

Morada da vida: ministro Eros Grau

Em seu voto, o ministro aposentado Eros Grau conferiu ao embrião humano o status de portador de parcela da humanidade, a quem a Constituição da República garantiria o direito à vida e a proteção de sua dignidade. Nesse sentido, apontou que “a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana”, em conformidade com o afirmado pelo então procurador da República Cláudio Fontelles na petição inicial da ação de inconstitucionalidade.

Tal afirmação, no entanto, não conduziria necessariamente a um inequívoco juízo de inconstitucionalidade da norma impugnada, segundo Eros Grau. Isso ocorreria porque, no contexto do art. 5º da Lei de Biossegurança, faz-se menção a um embrião impróprio, porque um óvulo fecundado fora do útero materno e alheio a qualquer processo vital eventualmente em curso.

Assim, considerando-se que o útero é a “morada da vida” e que tão somente no âmbito deste surgiria efetivamente a vida humana a ser tutelada constitucionalmente, sobretudo pelos instrumentos penais, não seria incorreto concluir, como procedeu o então ministro Eros Grau, hoje aposentado, que “[...] não há vida humana no óvulo fecundado fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de embrião”. Na esteira do exposto, para tais óvulos imprópriamente designados embriões pelo legislador ordinário não se cogita de vida humana a ser protegida pelo Direito, nem de dignidade assim atribuível a alguma pessoa humana.

A despeito de haver declarado a constitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança, o ministro Eros Grau estabeleceu, em seu voto, os seguintes requisitos interpretativos, em termos aditivos: a) pesquisa e terapia mencionadas no *caput* do art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por um comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde; b) a fertilização *in vitro* a que se refere o *caput* corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana,

sempre vedada a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de até quatro óvulos fecundados por ciclo, vedadas, ainda, a redução e o descarte de tais óvulos; e c) a obtenção de células-tronco na forma do *caput* do art. 5º somente será admitida quando dela não sobrevier a destruição do embrião, exceto nos casos dos óvulos considerados inviáveis para fins de reprodução humana.

Substância humana: ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em seu voto, negou à ação analisada o condão de transferir para o Supremo a obrigação de se manifestar acerca do momento inicial da vida humana. Considerou ela que “[...] se há de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião e ao feto”.

Ao analisar as normas havidas no art. 5º e seus parágrafos, a ministra concluiu que a Lei Federal n. 11.105/2005 está em conformidade com a ética constitucional vigente, que “afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais”.

Cármen Lúcia ressaltou, entretanto, a necessária distinção que deve haver entre tratamento (como forma de acesso aos cuidados com a saúde) e terapia para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias. Assim, entendida a terapia como a “[...] adoção de práticas e procedimentos que conduzam a formas de tratamento”, a lei impugnada não alcançaria, entretanto, as chamadas terapias experimentais. Isso porque, na avaliação da ministra, “[...] terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Ainda em seu voto, a ministra procurou delimitar o objeto do dispositivo legal questionado às células-tronco embrionárias, imaturas, primitivas e pluri ou totipotentes, produzidas em laboratório, para concluir, ao final, que sua utilização em pesquisas científicas, em virtude de claros critérios de política criminal, não violaria o direito à vida.

Demais disso, na tentativa de demarcar o estatuto jurídico-constitucional do direito à vida e sua aplicação a situações diferentes e eventualmente conflituosas, a ministra assentou que

[...] não se há de falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver.

Cármen Lúcia apontou que a Lei n. 11.105/2005 estaria, ainda, em conformidade com o § 4º do art. 199 da Constituição da República de 1988, uma vez que a célula-tronco embrionária (CTE) a que se refere a Lei de Biossegurança teria exatamente a natureza de uma substância humana, estando constitucionalmente embasada no permissivo aludido de que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Assim, poder-se-ia dizer que a CTE – com seu atributo de matriz humana – deve ser tida como uma das substâncias humanas que a CR88 permite serem manipuladas, desde que respeitados os demais princípios constitucionais, com vistas ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de vida dos povos.

Ressaltando, demais disso, o princípio da solidariedade entre as gerações (art. 225, § 1º, II da CR88), a ministra asseverou que

as pesquisas e o tratamento devem pautar-se pelos princípios da necessidade, segundo o qual deve haver comprovação real de que o experimento científico a ser realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas; da integridade do patrimônio genético, proibindo-se a manipulação em genes humanos voltada para mudanças na composição do material genético com o fim de melhorar determinadas características fenotípicas; da avaliação prévia dos potenciais e benefícios a serem alcançados; e, ainda, o princípio do conhecimento informado, que impõe a garantia de manifestação da vontade, livre e espontânea, das pessoas envolvidas, com a divulgação de informações precisas sobre as causas, efeitos e possíveis consequências da intervenção científica.

Muito embora reconheça que a CR88 garante a todas as pessoas, enquanto integrantes da família humana, a titularidade de direitos fundamentais, a ministra do STF registrou que persiste a discussão acerca de seus termos quanto ao momento a partir do qual cada pessoa humana ostentaria tal estatuto, ou seja, se se alcança essa condição humana tão somente a partir do nascimento. Referida lacuna, no entanto, não retiraria do Estado a posição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, na consideração de Cármen Lúcia.

No caso brasileiro, reconhecido então que o direito à vida não viria constitucionalmente dotado de um conteúdo hermético ou identificado em sua integralidade pela expressão normativa, a ministra admite que a Constituição Federal conferiu ao legislador ordinário a competência para definir as questões relativas ao nascimento, em especial a que se refere ao estatuto jurídico do embrião e do feto, desde que respeitadas as balizas constitucionais e internacionais que tratam da matéria.

Na lei examinada, considerou então a ministra, “a célula-tronco embrionária põe-se [...] como uma dignidade, não havendo como lhe atribuir um preço”. Isso decorre justamente da dignidade da humanidade, contida na ética da espécie, cuja dimensão teria restado

ampliada pelo advento da tecnociência, até converter-se, ao fim, no “patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”.

Logo, afirmou-se que “a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição”. Como consequência, a espécie humana é agora constitucionalmente tomada em sua integralidade, para além do indivíduo singularmente considerado.

Por isso, concluiu a ministra, o princípio constitucional da dignidade humana vai alcançar o embrião, ainda que um ser juridicamente desprovido de personalidade, tão somente pelo seu atributo de representação da humanidade.

Ao final do voto, Cármen Lúcia julgou improcedente referida ADI, para, entretanto, registrar interpretação conforme quanto à palavra terapia, que somente poderá se referir a “tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica aprovada nos termos da legislação vigente”.

Sentença aditiva: ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes, ressaltando o viés ético, jurídico e moralmente conflituoso da referida ADI, situada na conturbada zona de debate entre religião e ciência, proferiu voto pela improcedência da ação, imprimindo, todavia, um perfil atipicamente aditivo a sua decisão sobre o caso. Nesse sentido, para Mendes, o art. 5º da Lei de Biossegurança é constitucional,

desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Consoante o ministro, deveria ser conferida ao art. 5º uma interpretação que estivesse em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade entendido na sua vertente de proibição de proteção deficiente.

Sem adentrar em questões classificadas de transcendentais pelo ministro, como a dos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica, Gilmar Mendes conferiu ao embrião humano o estatuto de elemento vital digno de tutela pelo direito, devendo, portanto, o Estado atuar na efetiva proteção desse organismo pré-natal em face, sobretudo, das novas tecnologias.

Nesse sentido, Mendes recorreu às lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o princípio da responsabilidade. Tal princípio imporia ao homem a tarefa de “conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder”.

No que diretamente se refere à ação direta de inconstitucionalidade ora examinada, o ministro asseverou que a questão estaria em saber se a Lei de Biossegurança regularia adequadamente as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, com a prudência proporcional à importância do tema, que envolveria a própria identidade da espécie humana.

O ministro alertou, ainda, para o fato de que, em todo o corpo da referida Lei de Biossegurança, tão só o art. 5º é destinado à regulamentação da utilização, para fins de pesquisa, de CTE obtidas a partir de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Tal fato causou perplexidade ao ministro, para quem a vaguidade da lei deixou ao Poder Executivo a tarefa de regulamentação de tão relevante tema, o que se fez por meio dos artigos 63 a 67 do Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005.

Na esteira do exposto, a Lei de Biossegurança poderia violar, no entendimento do ministro Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso, senão como proibição de proteção deficiente, uma vez que os direitos fundamentais seriam

dotados de uma feição objetiva apta a torná-los verdadeiros mandatos normativos direcionados ao poder estatal.

Desta feita, a concepção de um dever genérico de proteção relativizaria, sobremaneira, a separação entre a ordem constitucional e a legal, irradiando para toda a ordem jurídica os efeitos dos direitos fundamentais constitucionalmente encartados, funcionando estes como proibições de proteção deficiente, ou verdadeiros imperativos de tutela.

Consoante o ministro em comento, uma análise comparativa do artigo impugnado com a legislação de outros países sobre o tema revela, com efeito, que a lei brasileira é insuficiente no tratamento normativo das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

Ainda no seu voto, Gilmar Mendes analisou as leis da Alemanha, Austrália, França, Espanha e México. Concluiu que, no Brasil, um assunto tão complexo foi inserido em um único artigo de uma lei destinada a tratar de tema diverso, deixando de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável da questão. Apenas para efeitos de comparação, a lei espanhola é específica sobre o tema, e está estruturada em noventa artigos, quinze capítulos, oito títulos, além das disposições adicionais, transitórias, derogatórias e finais.

Assim operando em meio a uma contundente lacuna legislativa, conforme Mendes, a lei brasileira – em desacordo com a relevância do bem jurídico implicado, qual seja, a *identidade do ser humano*, para o ministro – deixou de instituir, nesse aspecto, um Comitê Central de Ética devidamente regulamentado.

Além disso, o direito comparado revela que a legislação alie-nígena estabeleceu sempre, e de modo expresse, uma cláusula de subsidiariedade, “no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins”. Justamente por isso, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos tornaria a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica que caminharia na contramão do princípio da proporcionalidade.

Gilmar Mendes considerou, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade do referido diploma legal poderia, ao seu turno, causar um vácuo normativo que se revelaria mais danoso à ordem jurídico-social do que a manutenção da vigência da Lei de Biossegurança. Desse modo, ele propôs que a técnica da interpretação conforme a Constituição poderia resultar numa típica sentença de perfil aditivo ao texto legal que contornaria tal dilema, modificando ou eventualmente corrigindo a norma então impugnada.

Graus de tutela: ministro Joaquim Barbosa

Outro voto a ser analisado no caso é de autoria do ministro Joaquim Barbosa que, por sua vez, considerou que a eventual fixação do momento inicial da vida pelo STF seria insuficiente para solucionar adequadamente a questão dos autos: verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela CR88 é legítima, tal como estabelecida no art. 5º da Lei de Biossegurança.

Em seu voto, Barbosa retomou o entendimento já acentuado por ele por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.025, que tratava da antecipação de parto de feto anencefálico. Naquela oportunidade, o então relator defendeu a tese de que “a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados”, recebendo tratamento jurídico diverso por parte do ordenamento conforme as diferentes fases do ciclo vital; quais sejam, fecundação, gestação, nascimento, desenvolvimento e morte do ser humano.

Consoante Joaquim Barbosa, o escopo da Lei de Biossegurança foi o de regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, tratando-se, portanto, de uma faculdade outorgada por lei às pessoas.

Estabeleceu-se, assim, no entendimento do mencionado ministro, um conflito entre, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, e, de outro, o direito à vida dos eventuais beneficiários dos resultados de referidas pesquisas. Conseqüentemente, exigiu-se uma ponderação de valores referentes ao mesmo princípio da inviolabilidade da vida.

Assim posta a questão, e no entendimento do referido ministro, a regulamentação do uso das CTE deu-se por meio de uma lei que preserva a autonomia privada do indivíduo enquanto sujeito conformador de si próprio e de sua vida, dentro de parâmetros objetivos previamente definidos, sendo, portanto, conforme à ordem constitucional vigente.

Para Barbosa, a autonomia privada significaria o poder do sujeito – agente moral dotado de razão – de autogovernar-se dentro de uma esfera jurídica previamente reconhecida pela comunidade, sendo, nesse passo, “uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

Ao lado da autonomia privada, a Lei de Biossegurança teria respeitado, demais disso, a laicidade do Estado brasileiro (art. 19, I, CR88) e o princípio da liberdade de expressão da atividade científica (art. 5º, IX, CR88).

Ao final, o ministro Barbosa concluiu que “o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país”. Doutro lado, a mera proibição de tais pesquisas científicas com células-tronco significaria “dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade”.

Procedência parcial: ministro Ricardo Lewandowski

Passa-se, no momento, à breve análise do voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski por ocasião do julgamento em tela. Ressalte-se que o ministro votou pela procedência parcial da ADI 3.510 para, sem redução do texto normativo impugnado, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos discriminados: a) *caput* do art. 5º: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente

poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; b) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas contadas da fertilização dos oócitos; c) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham seu potencial de desenvolvimento comprometido; d) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado; e) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisas e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei Federal n. 11.105, de 24 de março de 2005.

No extenso voto do ministro, Lewandowski ressaltou que, a despeito das promissoras pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias, elas têm ensejado acirradas controvérsias porque a obtenção de referido material genético exigiria a destruição de um “organismo vivo, decorrente da fertilização de gametas humanos – mesmo que, segundo alguns, esse conjunto primordial de células não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra”. Tais pesquisas implicam, ainda, profundos questionamentos acerca da natureza e do fim da vida humana, e dos limites da manipulação do patrimônio genético da humanidade.

Nessa passagem de seu voto, vê-se claramente que o ministro reconheceu o patrimônio genético da humanidade como autêntico bem jurídico a ser tutelado na atual sociedade técnica. Assentou ainda que, em virtude do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia, já se cogitaria da existência de direitos fundamentais de quarta geração.

Com apoio na Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, Lewandowski preleciona que o genoma humano pode ser definido como patrimônio da humanidade, por constituir ele “a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como de sua inerente dignidade e diversidade” (art. 1º).

Acerca do início e da proteção da vida humana, o ministro defendeu que, no plano puramente jurídico-positivo, deve prevalecer a tese de que a vida humana tem início a partir da concepção. Isso ocorreria porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, teria estabelecido que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, marcada pelo encontro do espermatozoide com o óvulo.

Sem cuidar da implantação ou não do oócito fecundado em um útero humano, o art. 4º, I, do referido Pacto de San José dispôs, *tout court*, que “Toda a pessoa humana tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”.

De modo que, para todos os efeitos legais na avaliação do ministro, a vida começa com a concepção, quer iniciada *in utero*, quer *in vitro*. Não obstante a tese anteriormente esposada, e com fulcro em Laura Palazzani, Lewandowski sublinhou que a eventual negação do estatuto pessoal do embrião não lhe retira uma certa obrigação de respeito e tutela, impondo-lhe no mínimo um tratamento digno, “atualmente reivindicado até para as cobaias de laboratório”.

A despeito disso, o ministro considerou que o debate travado por ocasião da ADI 3.510 deveria “centrar-se no direito à vida entevisto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano”. Assim reconhecida a imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial no contexto de uma sociedade de risco, o direito à vida não pode ser considerado sob uma perspectiva meramente individual, devendo, ao revés, ser pensado como um

direito comum a todos os seres humanos, com desdobramentos, inclusive, no âmbito da saúde pública.

Justamente no plano da saúde pública, diz o ministro, incide com mais força o princípio da precaução, segundo o qual, “quando uma atividade enseja ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações de causa e efeito não sejam estabelecidas cientificamente”.

Com efeito, afirma Lewandowski, referido princípio implica a convicção de que determinados comportamentos devem ser proibidos, sancionados e punidos, impondo, ademais, uma obrigação estatal de vigilância.

Considerando o parâmetro da dignidade humana enquanto valor fundante do texto constitucional, o ministro assentou que a questão central tratada na ADI 3.510 não se restringia ao estatuto jurídico do embrião gerado *in vitro*, ou das células-tronco dele eventualmente extraídas. Deveria abranger, para além desse horizonte um tanto quanto estreito, a própria “disciplina das pesquisas genéticas e das ações de todos os seus protagonistas, sejam eles doadores de gametas, receptores de óvulos fertilizados, médicos ou cientistas”.

Com auxílio do direito comparado, o ministro observou que, sem embargo da relativa indefinição acerca do status jurídico conferido ao óvulo fecundado *in vitro*, “ainda quer não gozem de amparo integral, à semelhança do que ocorre com uma pessoa, os embriões e as células embrionárias, na França, são protegidas pela lei”.

No mesmo sentido, citou que a Alemanha também reconhece ao embrião, quando não a condição de titular de direitos subjetivos, ao menos o *status* de um bem que deve merecer proteção legal, já que dotado de um “pré-direito fundamental”.

Também os Estados Unidos reconheceriam ao embrião *in vitro* o atributo de “forma de vida humana em desenvolvimento”, muito embora tenham rejeitado a tese de que ele possua o estatuto moral e legal de uma pessoa.

Com fulcro em José Miguel Ruiz-Calderón, o ministro registrou que a Corte Constitucional da Espanha tem se pronunciado no

sentido de que “o bem jurídico ‘vida’ deve ser protegido [...] a partir do momento em que há uma vida humana, não necessariamente pessoal”, não se cogitando de uma completa desproteção da vida pré-natal.

No tocante ao art. 5º da lei pátria impugnada, Lewandowski considerou que sua deficiente técnica não vedou a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa, nem impôs limite numérico a sua produção ou estabeleceu qualquer restrição temporal à manipulação destes. Neste sentido, a lei acabou por se afastar da legislação de outros países.

Ressaltou, ainda, que o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução assistida no Brasil é a Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina. Referido texto, assentou o ministro, estabeleceu, ainda que implicitamente, um limite temporal de quatorze dias após a fecundação para a manipulação do conceito, já que faz alusão tão somente a oócitos e pré-embriões.

Ao final, e antes de conferir interpretação conforme ao dispositivo questionado, concluiu que, à luz da legislação comparada e em especial da mencionada resolução do CFM acerca da reprodução assistida, o art. 5º da Lei de Biossegurança careceria ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida.

Indivíduo humano: ministro Carlos Alberto Menezes Direito

O então ministro Carlos Alberto Menezes Direito votou pela procedência em parte da ADI 3.510, proposta pelo ex-procurador geral Cláudio Fonteles para pedir a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança que permitem a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias. O ministro votou no sentido de que as células-tronco são vida humana, e que qualquer destinação que lhe seja dada diversamente da reprodução da espécie viola o direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da CR88.

Com base em um estudo de direito comparado, Menezes Direito mostrou que o tema debatido suscita controvérsias tanto na Europa – onde alguns países admitem essas pesquisas e outros não – quanto nos Estados Unidos, onde existem estados federados que as autorizam, enquanto tais pesquisas são proibidas em outros. Não obstante, o então ministro ressaltou que em todos eles haveria uma característica comum: um controle amplo de referidas pesquisas com embriões humanos por parte das autoridades responsáveis.

No Brasil, assentou o ministro, as clínicas de fertilização operariam sem controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que só fiscalizaria suas instalações físicas. No mesmo sentido, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.358, em que estabeleceu normas éticas para a reprodução humana e, em 2003, a Anvisa determinou às clínicas que lhe prestassem informações semestrais detalhadas acerca de todas as suas atividades. Entretanto, e ainda conforme o ex-ministro, até 10 de abril de 2008, a Anvisa ainda não havia obtido tais informações, tendo baixado então, em 12 de maio de 2008, a Resolução n. 029, com o fim de organizar um banco de dados sobre as clínicas de reprodução assistida.

Menezes Direito ressaltou, naquela ocasião, a existência de diversos projetos em tramitação no Congresso Nacional para normatizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Um deles, de autoria do ex-deputado paulista e médico José Aristodemo Pinotti, propõe alterações no então impugnado art. 5º da Lei de Biossegurança. Tal fato, avaliou Direito, revelaria a premente necessidade de se alterar a lei federal, no sentido de impor, além de outras restrições às pesquisas com CTE, a proibição de seleção de sexo da criança e do diagnóstico pré-implantação, que acabaria resultando na eliminação de embriões portadores de alguma anomalia e outras alterações genéticas. Defendeu, ademais, a proibição de descarte de embriões e sua comercialização.

Em seu voto, Menezes Direito recorreu a Aristóteles para contrapor-se à tese de graduação do direito à vida defendida pelo relator Carlos Britto, o qual votou a favor das pesquisas com células-tronco

embrionárias. Segundo Britto, embrião, feto e pessoa humana são realidades biológicas e jurídicas que não se confundem. Ao defender a tese de que haveria vida humana nessas três fases, Menezes afirmou que não é possível isolar tais etapas de modo a considerar uma delas mais importante que a outra no processo de formação do indivíduo. Ele lembrou que Aristóteles distinguia entre potência e potencialidade, visto que “potência, vida e evolução existem tanto no embrião, quanto no feto e na pessoa humana já nascida, independentemente de interferência externa”. A potencialidade, ao contrário, seria apenas uma possibilidade ou impossibilidade, não se equivalendo a uma realidade.

“A vida humana é autônoma, independente de impulsos externos”, sustentou Menezes Direito. “O embrião é, desde a fecundação, desde a união do núcleo do óvulo, um indivíduo humano, que será criança, adulto e velho, um indivíduo”.¹ Assim, o ministro sustentou que, nessa mencionada perspectiva aristotélica:

O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por sucessivas divisões [...].

É importante lembrar que a “produção” dos embriões nos processos de fertilização *in vitro* é orientada teleologicamente. Não é lícita a fertilização *in vitro* para fins outros que não os da reprodução. Mesmo gerados através de um procedimento artificial, o destino dos embriões fertilizados *in vitro* é a implantação no útero. Uma vez criados, é essa a sua vocação natural. Sua potência, assim, em nada difere da potência encontrada naqueles embriões engendrados pela reprodução sexuada.

Revela-se, aqui, segundo entendo, um desvio de perspectiva. Diz-se que o normal é que os embriões produzidos na fertilização *in vitro* e não utilizados nunca venham a nascer, como se o curso

1 Na verdade, uma naturalmente vocacionada individualidade genética humana.

natural a ser seguido fosse esse. Esquece-se de que, quando gerados, foram gerados para a vida, pelo que a implantação é o seu destino.

Por terem sido criados artificialmente, dependem de que algo seja feito, também artificialmente, para que voltem ao seu destino natural, sem o que não se dará a sua atualização. Isso confere ao destino dos embriões não implantados por escolha médica uma aparência de processo regular: como não há interferência de cientistas após o congelamento desses embriões, fica parecendo que o seu confinamento é o seu destino natural, o que contribui para facilitar a escolha, ao meu sentir apressada, entre essa sina dita inútil e a sua utilidade, com sua destruição, para pesquisa.

Esse ponto de vista turva a visão do fim essencial do embrião: a geração de vida humana seja ela natural, seja ela artificial.

Ainda para o então ministro, a Biologia deve se subordinar a valores éticos que urgem prevalecer sobre interesses comerciais ou econômicos, o que justificaria, desta feita, uma limitação e um controle no “nível de invasão científica no mistério da vida”.

Para Menezes Direito, o que a Suprema Corte brasileira enfrentou, quando do julgamento da ADI em comento, não era uma questão religiosa, senão uma contenda jurídica, posta no plano de interpretação constitucional, de molde que “tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade”. Ainda sobre a relação entre Ciência e Direito, o ministro ressaltou, com propriedade, que:

[...] Para o cientista, no recôndito de sua curiosidade intelectual, aberto a experiências de toda ordem, o ideal é a ausência de qualquer tipo de limitação para o desenvolvimento de suas pesquisas. Mas é preciso não esquecer que ao lado da ciência biológica e das demais ciências exatas outras ciências interagem no existir do homem. É o que ocorre com a filosofia, a ética, o direito. A interação dessas ciências é que enseja a plenitude da vida humana. Por essa razão é que muitos estudos são dedicados hoje à bioética, considerando-se

necessariamente que a descoberta de hoje será ultrapassada no futuro, se nós admitirmos, ao contrário de muitos filósofos, a divisão do tempo fora de existência do tempo presente. Ademais, as limitações éticas ou filosóficas não significam redução da liberdade de pesquisar. Ao reverso, podem significar confiança ilimitada na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco, relevando que a redução do risco é imperativa quando se trata de vida humana a partir da união dos cromossomos ou, se assim preferirmos, a partir da necessidade de assegurar a dignidade humana.

Conforme entendeu Menezes Direito, para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005, o STF deveria adotar uma posição clara acerca do início da vida humana, sem o que seria impossível definir a proteção constitucional que se invoca. Ainda consoante ele, procura-se achar abrigo com relação ao tema tratado na legislação sobre a morte cerebral, mas, “embora o nascer e o morrer sejam processos da existência humana, não creio que se deve confundi-los”, assentou, em trecho de seu voto.

No sentido do aqui defendido, o falecido ministro Menezes Direito também asseverou que, no seu entendimento, a valoração que se faz do embrião humano revela-se crucial para o debate. Assim, a se entender que não tem nenhum valor especial, pelo menos um valor diverso do que aquele de um conjunto de células em cultura, todos os empecilhos éticos desapareceriam. A conclusão não é muito diversa se a medida desse valor conferido ao embrião supera a de um grupo de células, mas não alcança aquela de um ser humano formado ou mesmo de um feto. Sua destruição, nessa visão, não passaria da eliminação de um material biológico. O problema, noutro lado, ganha corpo e substância quando se entende que o embrião tem um valor idêntico ao de um ser humano já nascido.

Para o ministro, a conclusão que se extrai é a de que o embrião humano é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, “um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do

adulto, do velho”, de maneira que não haveria diferença ontológica que justifique a algumas dessas fases a proteção jurídica de sua continuidade, negando-a, injustificadamente, a outras.

Consoante o ministro, não haveria o valor dignidade de modo autônomo no ordenamento pátrio, de forma que não se poderia fazer da existência de dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Como não há dignidade sem prévia vida humana, a dignidade é uma exigência da própria vida humana, sendo, portanto, o bem jurídico “vida” que regulará a proteção merecida (portanto, valorada juridicamente) pelo embrião humano. Logo, concluiu o ministro, a defesa de um “estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um ‘transbordamento’, para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo sobre o que está vivo”.

Do exposto no seu extenso voto, o ministro conclui que: i) há uma urgente necessidade de controle da atividade das clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere à fertilização artificial e aos diagnósticos pré-implantacionais; e ii) as pesquisas com células-tronco embrionárias são importantes e não merecem ser obstadas, respeitados limites e controles eventuais, e desde que não sejam destruídos os embriões, vida humana protegida pela Constituição Federal.

Impõe destacar, nesta oportunidade, que o ministro Menezes Direito propôs as seguintes limitações na lei impugnada: 1- no *caput* do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme à Constituição,

para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa” e “terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos.

2- ainda no *caput* do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto,

para que a fertilização “*in vitro*” seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal.

3- no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como

referente àqueles insubistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco.

4- no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto,

para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data de publicação da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105, depois de completarem três anos de congelamento dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição.

5- no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores”; e,

6- no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerada crime a autorização para utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização.

Direito à felicidade: ministro Celso de Mello

O voto do ministro Celso de Mello foi pela improcedência da ação, não podendo o Estado, conforme ele, ser influenciado por questões religiosas. Mello consignou que

o luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

Com fundamento no professor José de Oliveira Ascensão, o ministro assinalou que, tendo presente o desenvolvimento da Ciência, pertine reformular o atual sistema jurídico, porque há muito se apregoa que o direito é fato, valor e norma. “Alterado, radicalmente, o fato, a norma não pode deixar de sofrer alteração à luz dos valores”, defendeu Celso de Mello.

Dentre esses valores, sobrepõe o da dignidade humana. Com efeito, o ministro asseverou que o postulado da dignidade da pessoa humana, considerada a centralidade desse princípio essencial, representa significativo valor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente no País e traduz, de modo deveras expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Efetivamente, considerou o ministro que referido julgamento importaria uma grave reflexão acerca da bioética do começo da vida, em face, até mesmo, da própria secularização dos valores envolvidos no processo da ADI em tela. Após tratar, resumidamente, das diversas teorias que tentam imprimir um critério definidor do início da vida humana, Celso de Mello aponta que, *verbis*:

[...] São diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete – necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa –, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde.

Ocorre que, no entendimento do ministro, a atividade cerebral, que serve de referência legal para a constatação do fim da vida humana, poderia funcionar como marco definidor de seu início, servindo de critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

Dessa maneira, o ministro afirma não vislumbrar paridade ontológica, no plano normativo, entre o embrião fertilizado fora do corpo materno e a pessoa já nascida, devendo o Direito, portanto, valorar distintamente duas realidades em si diversas.

APÊNDICE B

QUADRO SINÓPTICO DOS VOTOS PROFERIDOS: CONCEPÇÃO JURÍDICA DA VIDA, ESTATUTO DO EMBRIÃO *IN VITRO* E TUTELA PENAL

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
Carlos Ayres Britto	<ul style="list-style-type: none"> o embrião <i>in vitro</i> não se equipara à pessoa humana, embora detentor de certa dose de dignidade constitucional; o embrião <i>in vitro</i> é um particularizado caso de embrião desprovido de aparato neural. 	<p>Tutela penal</p> <ul style="list-style-type: none"> a CR88 não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, senão da vida de pessoa nativa; desse modo, o direito protege diferentemente cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano; nos crimes de aborto, o bem jurídico penal protegido é um organismo ou entidade pré-natal no interior do corpo feminino; 	<p>Concepção jurídica da vida</p> <ul style="list-style-type: none"> vida humana dotada de personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral, de forma que não haveria pessoa humana sem o devido aparato neural; vida pré-natal ocorre com a formação do sistema nervoso, muito embora a pessoa humana só apareça após o nascimento com vida. 	—

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
<p>Cezar Peluso</p>	<ul style="list-style-type: none"> • os embriões excedentários não têm vida suscetível de tutela constitucional, não são sujeitos de direito, nem guardam expectativa de sé-lo; • enquanto matéria-prima da vida humana, o embrião <i>in vitro</i> é uma res especialíssima dotada do atributo de disponibilidade; • matriz da vida humana, o embrião corporifica o patrimônio genético humano; 	<ul style="list-style-type: none"> • os arts. 1º e 5º da CR88 se aplicam apenas ao indivíduo-pessoa; • a Lei de Biossegurança dotou o embrião <i>in vitro</i> de uma inérita inviolabilidade ontológica. • a CR88 contém o subtratado jurídico para o reconhecimento e a garantia da específica tutela desses embriões; • a tutela constitucional da vida não se aplica, na sua integralidade, às específicas classes dos embriões inviáveis e aos crioconservados; • os bens jurídicos envolvidos na causa têm conexão com as expressões genéticas do primado da dignidade humana. 	<ul style="list-style-type: none"> • os conceitos de vida e de pessoa devem ser reconstruídos dentro de limites estritamente constitucionais; • considerar sujeito de direito o embrião isolado é reduzir ao aspecto puramente biológico a complexidade da pessoa humana; • a estrutura neural é requisito mínimo indispensável ao status moral de uma pessoa; 	<ul style="list-style-type: none"> • técnica da interpretação conforme; • o legislador deveria criar tipos penais autônomos, com severas penas, para tutelar a conduta dos membros dos comitês de ética em pesquisa.

Ministro		<p>Estatuto jurídico</p> <ul style="list-style-type: none"> o embrião <i>in vitro</i> é uma particular categoria de embrião, desprovido do estatuto moral e jurídico dispensado ao homem. Ou seja, embriões isolados não se caracterizam, nem se definem como pessoas; as células-tronco embrionárias não contêm vida no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional das palavras. 	<p>Tutela penal</p>		<p>Concepção jurídica da vida</p> <ul style="list-style-type: none"> a vida objeto da larga e genérica tutela constitucional (art. 5º, <i>caput</i>) é apenas a vida da pessoa humana, uma vez que a Constituição cuida, a toda a evidência, de seres humanos viventes. 		<p>Ressalvas à Lei de Biossegurança</p>
Ellen Gracie	<ul style="list-style-type: none"> o pré-embrião é uma massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir, contrapondo-se ao embrião propriamente dito, que é uma unidade detentora de vida humana individualizada. 	<ul style="list-style-type: none"> a Lei de Biossegurança pune a manipulação indevida do embrião, o uso comercial, a prática de engenharia genética em célula germinal, zigoto ou embrião e a clonagem humana, tudo em conformidade com o elevado grau de reprovção social de tais condutas. 	<ul style="list-style-type: none"> não cabe ao STF estabelecer o marco inicial da vida humana; implicitamente, ao acatar a categoria de pré-embrião, a ministra socorreu-se da teoria segundo a qual a vida começa com o surgimento do aparato nervoso, o que ocorreria apenas na fase de embrião. 	<p>—</p>			

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
Marco Aurélio de Mello	—	<ul style="list-style-type: none"> • a CR88 não protege a vida humana de modo geral, inclusive a uterina, em qualquer de suas fases. 	<ul style="list-style-type: none"> • o início da vida humana pressupõe, para além da fecundação, a presença objetiva da gestação que a tornaria viável. 	—
Eros Grau	<ul style="list-style-type: none"> • o embrião <i>in vitro</i> é um embrião impróprio alheio a qualquer processo vital eventualmente em curso; • não há vida humana no óvulo fecundado fora do útero indevidamente tratado por embrião pela Lei de Biossegurança. 	<ul style="list-style-type: none"> • a tutela da vida pré-natal ocorre apenas se essa é uterina, de modo que “o útero é a morada da vida”. 	<ul style="list-style-type: none"> • se o útero é a morada da vida, o ministro alia-se à chamada teoria da nidificação, segundo a qual a vida começa com a fixação do óvulo fecundado na parede do útero materno. 	<ul style="list-style-type: none"> • estabeleceu requisitos interpretativos, em termos aditivos: a) pesquisa e terapia mencionadas no <i>caput</i> do art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por um comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde; b) a fertilização <i>in vitro</i> a que se refere o <i>caput</i> corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, sempre vedada a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
Cármen Lúcia Antunes Rocha	<ul style="list-style-type: none"> a célula-tronco embrionária referida pela Lei de Biossegurança tem natureza de substância humana, conforme o § 4º do art. 199 da CR88, podendo ser manipulada, uma vez respeitados os princípios constitucionais; 	<ul style="list-style-type: none"> a tutela deve ocorrer nos limites do art. 199, § 4º, da CR88, e da legislação ordinária que regula o referido dispositivo constitucional, em especial a Lei n. 9.434/1997 e a Lei n. 11.105/2005. 	<ul style="list-style-type: none"> não cabe ao STF a obrigatoriedade de se manifestar acerca do momento inicial da vida humana, afirmando-o juridicamente para fins de proteção do embrião e do feto. 	<p>quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de até quatro óvulos fecundados por ciclo, vedadas, ainda, a redução e o descarte de tais óvulos; e c) a obtenção de células-tronco na forma do <i>caput</i> do art. 5º somente será admitida quando dela não sobrevier a destruição do embrião, exceto nos casos dos óvulos considerados inviáveis para fins de reprodução humana.</p> <ul style="list-style-type: none"> a palavra terapia somente poderá se referir a “tratamento efetivamente levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica aprovada nos termos da legislação vigente”.

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
Gilmar Mendes	<ul style="list-style-type: none"> • a CR88 conferiu ao legislador ordinário a competência para definir as questões relativas ao nascimento, mormente a que se refere ao estatuto jurídico do embrião e do feto; • muito embora dotado do atributo de representação da humanidade, o embrião é um ser juridicamente desprovido de personalidade. • o embrião humano é elemento vital digno de tutela pelo Direito, reclamando uma efetiva proteção do Estado em face das novas tecnologias; • o embrião é um organismo pré-natal. 	<ul style="list-style-type: none"> • a vaguidade da Lei de Biossegurança deixou a tutela do tema aos artigos 63 a 67 do Decreto n. 5.591/2005, que regulamentou referido diploma legal; • a Lei de Biossegurança violou o princípio da proporcionalidade, na medida em que impôs uma proteção deficiente ao tema, por demais relevante. 	<ul style="list-style-type: none"> • os marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica são uma questão transcendental. 	<ul style="list-style-type: none"> • o art. 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, “desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização <i>in vitro</i>, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
<p>Joaquim Barbosa</p>	<ul style="list-style-type: none"> o embrião humano é uma das fases do ciclo vital; ao defender a constitucionalidade da exceção legal à tutela da vida convida no art. 5º da LBS, indiretamente admitiu a existência de vida humana no embrião extrauterino. 	<ul style="list-style-type: none"> a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados, recebendo diverso tratamento jurídico conforme as diferentes fases do ciclo vital; noutra ponta, a exceção legal do art. 5º da Lei de Biossegurança à tutela do direito à vida é legítima. 	<ul style="list-style-type: none"> a eventual fixação do marco inicial da vida é insuficiente para solucionar a questão tratada nos autos. 	<p>—</p>
<p>Ricardo Lewandowski</p>	<ul style="list-style-type: none"> embrião é um organismo vivo decorrente da fertilização de gametas humanos, sendo um conjunto primordial de células, ainda que desprovido do sentido moral e jurídico de pessoa. 	<ul style="list-style-type: none"> bem jurídico a ser tutelado é o patrimônio genético da humanidade, alçado, quiçá, ao nível de um direito fundamental de quarta geração; o bem jurídico vida deve ser protegido a partir do momento em que há uma vida humana, ainda que não necessariamente pessoal; 	<ul style="list-style-type: none"> em virtude do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, a vida humana tem início a partir da concepção, entendida como o encontro do espermatozoide com o óvulo (art. 4º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos), quer <i>in utero</i>, quer <i>in vitro</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> Conferiu interpretação conforme, sem redução de texto, para entender que: a) art. 5º, <i>caput</i>: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular,

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
		<ul style="list-style-type: none"> o único diploma normativo acerca da reprodução assistida é a Resolução CFM n. 1.358, de 1992. 		<p>sobejantes de fertilizações <i>in vitro</i> realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; b) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas, contadas da fertilização dos óocitos; c) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos, nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; d) § 1º do art. 5º:</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
				<p>a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado; e) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisas e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005.</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
<p>Carlos Alberto Menezes Direito</p>	<ul style="list-style-type: none"> • as células-tronco embrionárias são vida humana alcançadas pelo <i>caput</i> do art. 5º da CR88; • “o embrião humano é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho”, de maneira que não haveria diferença ontológica que justifique a algumas dessas fases a proteção jurídica de sua continuidade, negando-a, injustificadamente, a outras. 	<ul style="list-style-type: none"> • a tutela do direito à vida não permite graduação, havendo a mesma vida humana no embrião, no feto e na pessoa; • a Lei de Biossegurança tutela apenas parcialmente a questão, merecendo reparos pelo legislador para proibir a seleção de sexo da criança e o diagnóstico pré-implantação, com a consequente eliminação de embriões portadores de anomalias ou alterações genéticas. 	<ul style="list-style-type: none"> • a vida humana abarca, em sua acepção jurídica, tanto o embrião e o feto quanto a pessoa já nascida, devendo o direito controlar a intromissão das ciências biológicas no “mistério da vida”. 	<ul style="list-style-type: none"> • propôs as seguintes limitações: 1) no <i>caput</i> do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conformativa à Constituição, “para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões ‘pesquisa e ‘terapia’ como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos”; 2) ainda no <i>caput</i> do art. 5º, declarar

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
				<p>parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que a fertilização <i>in vitro</i> seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
				<p>federal”; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como “referente àqueles insubstituíveis por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco”;</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
				<p>4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data de publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação da Lei, depois de completarem três anos de congelamento dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição”; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que seja entendido que o consentimento informado, prévio e expresso</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
				<p>por escrito pelos genitores"; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerada crime a autorização para utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização".</p>

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	Concepção jurídica da vida	Ressalvas à Lei de Biossegurança
Celso de Mello	<ul style="list-style-type: none"> • não haveria paridade ontológica, no plano normativo, entre o embrião que se acha nas condições do art. 5º da Lei de Biossegurança e a pessoa nascida; • As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central, posto que vida humana haveria somente com a atividade cerebral; • Inexiste a figura da pessoa ou do ser humano em potencial. 	<ul style="list-style-type: none"> • a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de sofrer ponderação por parte do Estado, estando em conformidade com a Constituição da República o art. 5º da Lei de Biossegurança; • A exemplo do que dispõe o próprio Código Penal brasileiro, pode o legislador ordinário, mesmo em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispor, validamente, sobre a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia, tal como o fez no dispositivo ora questionado da Lei de Biossegurança. 	<ul style="list-style-type: none"> • A vida e a morte qualificam-se como conceitos indeterminados. Noutro lado, são diversas as teorias que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permitiria ao intérprete optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, concretizando o valor da dignidade da pessoa humana e reconhecendo os direitos à vida e à saúde; • A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode servir de marco definidor do início 	<ul style="list-style-type: none"> • Não há ressalvas a serem feitas ao diploma normativo questionado.

Ministro	Estatuto jurídico	Tutela penal	<p>Concepção jurídica da vida</p> <p>da vida, revelando-se um critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões fertilizados artificialmente, para fins de pesquisa e terapia, transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.</p>	<p>Ressalvas à Lei de Biossegurança</p>
----------	-------------------	--------------	--	--

ANEXO

ÍTEGRA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3.510-DF¹

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI N. 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I – O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As “células-tronco embrionárias”

1 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 jun. 2010. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. DJe n. 96, Divulgação: 27/05/2010. Publicação: 28/05/2010. Ementário n. 2.403-1.

são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II – LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei n° 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião *in vitro*, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “*in vitro*”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida

humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (in vitro apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV – AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento in vitro. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar

esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto”. (Ministro Celso de Mello). V – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia de vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo in vitro de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de n. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião in vitro fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI – DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II

do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6.º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de n. 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII – O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5.º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII – SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a

facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

SOBRE O LIVRO

Formato: 14 x 21 cm

Mancha: 23,7 x 42,5 paicas

Tipologia: Horley Old Style 10,5/14

Papel: Offset 75 g/m² (miolo)

Cartão Supremo 250 g/m² (capa)

1ª edição: 2013

EQUIPE DE REALIZAÇÃO

Coordenação Geral

Marcos Keith Takahashi

ISBN 978-85-7983-459-2



9 788579 834592

CULTURA
ACADÊMICA 
Editora