

MARIA AUXILIADORA MINAHIM

DIREITO PENAL E BIOTECNOLOGIA

SALVADOR, BA.

Outubro de 2004

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.1 <i>Os desafios impostos pela biotecnologia na pós-modernidade</i>	15
1.2. <i>A Bioética.....</i>	22
1.3 <i>A insuficiência da disciplina dos conflitos pelo uso dos princípios.....</i>	28
2.1 <i>O apelo à intervenção do Direito apesar da Bioética.....</i>	35
2.2 <i>As dificuldades do Direito na disciplina dos novos fatos.....</i>	38
2.3 <i>A adesão do Direito Penal</i>	41
Título II – O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA VIDA E DA MORTE	51
Capítulo III - OS CONCEITOS JURÍDICOS EM FACE DA TRANSITORIEDADE DOS ACHADOS CIENTÍFICOS.....	51
3.1 <i>A interferência da biotecnologia nos conceitos jurídicos.....</i>	51
3.2 <i>Em busca de um conceito de vida</i>	54
3.3 <i>Conceito de vida no plano jurídico.....</i>	60
3.4 <i>Conceito de morte</i>	62
4.1 <i>Estatuto moral dos embriões</i>	69
5.1 <i>O Direito Comunitário Europeu.....</i>	84
5.2 <i>As legislações nacionais.....</i>	86
5.2.1 <i>O Direito Alemão</i>	86
5.2.2 <i>O Direito Francês</i>	88
5.2.3 <i>O Direito espanhol.....</i>	90
5.2.4 <i>O Direito português</i>	93
5.2.5 <i>O Direito italiano.....</i>	95
5.2.6 <i>O Direito brasileiro.....</i>	95
6.1. <i>Lei nº 8.974/95 e projetos de reforma: questões introdutórias.....</i>	98
6.1.1 <i>Manipulação genética</i>	101

6.1.2 As ilicitudes na Lei 8.974/95.....	104
6.2 O crime de manipulação genética	105
6.3 Manipulação eugênica	113
6.4 Clonagem	119
6.5 Híbridação e quimeras	128
6.6 O crime de terapia somática não autorizada	130
6.7 A figura do Inciso III	137
6.8 A figura criminosa do Inciso IV	138
6.9 A figura criminosa do inciso V.....	141
6.10 Sujeito ativo e passivo dos delitos:.....	148
Capítulo VII - BIOTECNOLOGIA E EUTANÁSIA: AS NOVAS FORMAS DE MORRER E O DIREITO PENAL.....	151
7.1 Considerações iniciais	151
7.2 A designação eutanásia e os fatos a que se refere	152
7.3 As diferentes designações e seus elementos definitoriais.....	157
7.4 As propostas legais de tratamento da matéria: os anteprojetos de Código Penal e a Eutanásia.....	168
7.5 Eutanásia e suicídio assistido, viabilidade técnica e disciplina legal: Viabilização da eutanásia e do suicídio assistido pela lei e pela tecnologia.....	173
7.6 A situação no Direito brasileiro vigente.....	177
7.7 Considerações finais.....	180
CONCLUSÃO	182
BIBLIOGRAFIA	192
ANEXOS	214

INTRODUÇÃO

O objeto da presente investigação é a alteração produzida pela biotecnologia no tratamento dos conceitos de vida e de morte pelo Direito Penal. No panorama hodierno, constata-se uma mutabilidade nos achados científicos, que desvelam múltiplos estados, através dos quais se apresentam de uma forma diversa do disposto na doutrina tradicional, os já referidos conceitos de vida e de morte.

O desenvolvimento dos recursos da genética, por exemplo, apresentou situações inusitadas como a constatação da instalação, no produto da concepção, do *sulco primitivo* (que são rudimentos do sistema nervoso central, aptos a fazerem com que passe a existir um indivíduo humano), aproximadamente quatorze dias após a fecundação. Este dito fato tem permitido que alguns sistemas jurídicos — *v.g.* o sistema inglês — neguem a existência de vida humana no período anterior a esse fenômeno, trazendo como consequência que o produto da concepção, até aquele prazo, seja disposto como coisa, disciplinando-se, sobretudo, com relação a ele, as relações de propriedade, posse e descarte.

A mesma controvérsia, que existe com relação ao início da vida, existe com relação a sua terminalidade, isto é, a morte. A biotecnologia identificou situações limítrofes nas quais é difícil, sutil e complexo afirmar-se se o indivíduo está vivo ou morto. Nessas referidas situações, é possível que o ser humano já não possa expressar características que são essenciais à pessoa, por exemplo, à capacidade relacional, de memória e de raciocínio, como é o caso de pacientes em estado de *coma ultrapassado*, o qual sugere uma lesão irreversível na estrutura do encéfalo.

Ditos estados diferenciados demandam, por óbvio, uma tutela jurídica. Por exemplo, é possível terminar a vida daquele que está em *coma ultrapassado* ou em estado vegetativo, sem que isso signifique a prática de homicídio piedoso ou eutanásia? Deixar de oferecer à continuação desta vida o uso de mecanismos tecnológicos sofisticados, de alto custo, subsume-se no mesmo tipo penal?

De certa forma, afirmar-se que a presença da tecnologia na vida cotidiana apresenta desafios ao Direito não seria, *per si*, motivo de controvérsias. Com efeito, a presença da tecnologia na vida cotidiana altera a forma de vida que se pratica e, desta maneira, cria perplexidades e conflitos que, vista a pluralidade de interesses que se contrapõem na sociedade, cabe ao Direito disciplinar e dirimir.

Entre todos os interesses que afetam a espécie humana, talvez sejam os referentes à vida e à morte os que se revelam mais inquietantes. Sendo a única espécie que parece exercitar a auto-reflexão – pensar acerca dos seus próprios pensamentos – a espécie humana tem consciência da transitoriedade de cada um de seus indivíduos e preocupa-se com a possível transitoriedade dela própria como espécie. Talvez seja esta a razão que as questões da vida e da morte sejam as quais participam mais nitidamente da identidade humana como ser que conhece sua própria transitoriedade e, de certo modo, acalenta o ideal de superá-la.

Destacam-se, assim, as questões referentes à vida e à morte, em meio a tantos outros desafios que a tecnologia trouxe ao Direito, como aquelas com o potencial de mais agudamente afetarem, em nível profundo, a configuração física e cultural da sociedade. Por conseqüência, são elas que aparecem com maior preeminência quando se reclama a interveniência do Direito no seu papel de garantidor das formas estáveis de convivência humana.

Como dito, as questões referentes à vida e a sua terminação, do ponto de vista jurídico, têm despertado grandes debates. Ao longo deles, reuniu-se copiosa gama de informações de natureza às vezes conflitante que mereceram exame minucioso e circunstanciado. Essas investigações, inicialmente, buscavam um fundamento sólido para argumentação acerca de soluções jurídicas para os problemas surgidos na contemporaneidade. Terminaram, porém, por mostrar que a complexidade da vida nas sociedades plurais e a ruptura do monolitismo ideológico das sociedades tradicionais obrigam a uma visão consensual do que sejam as condutas aceitáveis ou toleráveis e, por exclusão, aquelas que possam e devam ser coercitivamente reprimidas. Abandona-se, assim, a possibilidade de fundamentar a disciplina jurídica em valores inabaláveis supostos existentes e absolutos, como pareciam ser os da sociedade tradicional ou, mesmo, do grupo hegemônico que, em que pese a desigualdade implícita, vicejou em sociedades organizadas a partir dos movimentos imperialistas da modernidade.

A indagação acerca da utilidade do Direito em tais circunstâncias levou ao reconhecimento não da sua impossibilidade em face da pluralidade ideológica, axiológica e de interesses, mas, antes, ao reconhecimento do caráter essencial da disciplina jurídica como elemento concatenador e, neste sentido, fundador da própria possibilidade de convivência social.

Há os que propugnam que o Direito Penal não deve se imiscuir na tutela das situações trazidas pela biotecnologia, porque existe uma mutabilidade dos ditos conceitos biotecnológicos, em razão da aceleração das descobertas científicas, que seriam engessadas pela disciplina normativa daquela ciência. Com efeito, essa corrente propugna ser suficiente para o controle destes avanços somente a Bioética. Essa posição, todavia, não pode prosperar. Verifica-se a necessidade da intervenção penal nas situações referidas em face de um grave motivo: os processos biotecnológicos, além de interferir na vida humana, são hábeis para interferir na própria humanidade, enquanto espécie que se reproduz.

Como é usual em trabalhos deste tipo, fez-se, ao longo de anos, uma perquirição da literatura referente ao tema. É preciso sublinhar que essa investigação, pela própria natureza do assunto não se poderia resumir ao campo jurídico, mas invadiu as searas da biologia, da medicina, da filosofia, sempre – deve-se dizer – em condições ancilares visto o interesse jurídico ser o que se coadunava com o objeto do estudo. Em especial, até mesmo pela falta de um fundamento teórico absoluto da decisão acerca da aceitabilidade de determinadas condutas, utilizaram-se textos normativos estrangeiros, nacionais e supranacionais, para com eles, confrontar-se o direito brasileiro. Neste processo, foi-se formando o desenho de um quadro extremamente complexo, desprovido de unidade e fértil em micro sistemas jurídicos, produzidos pela pressão de interesses e pontos de vista muito específicos e possivelmente variáveis no tempo e no espaço.

O trabalho se desenvolve em sete capítulos. Inicialmente, mostra-se o ritmo acelerado em que se dá o desenvolvimento científico e a multiplicidade de transformações que ocorreram na vida que se pratica nas últimas décadas. Destaca-se o medo de tecnologias que permitem intervir sobre os destinos da espécie humana e permitem maior liberdade da pessoa em decisões sobre vida e morte. Apresenta-se, em seguida, o problema do tratamento normativo da biotecnologia, buscado como recurso capaz de imprimir alguma segurança ao seu

desenvolvimento de forma que este ocorra dentro de limites considerados suportáveis. Trata-se, então, das origens e desenvolvimento da Bioética, em suas bases principiológicas e de sua proposta de servir como instância mediadora de conflitos morais surgidos em razão das novas descobertas científicas.

Segue-se a discussão da necessidade de intervenção do Direito nos problemas bioéticos, visto o caráter insuficiente das disposições deontológicas que as reflexões Bioéticas justificam. Nesse passo, alerta-se sobre a importância dos princípios para o Direito contemporâneo, assentado que está sobre a idéia de justiça. Ademais, adverte-se sobre a difícil tarefa de concretizar a principiologia em regras, a fim de regular, de forma mais direta e precisa, estas novas demandas sociais.

O Direito Penal que se submete, nos regimes democráticos, aos princípios da legalidade, da intervenção mínima, da exclusiva tutela de bens jurídicos, é posto em novo conflito que exige revisões de ordem dogmática. Este conflito não se dá apenas no que tange às questões de biotecnologia, mas também em face de outros riscos introduzidos pela sociedade pós-industrial. Apresentam-se, nessa altura do trabalho, as diversas tendências doutrinárias que expressam o pensamento acerca da existência de um papel reservado ao Direito Penal na disciplina das condutas causadoras de riscos de expressiva dimensão.

A dificuldade de um fundamento naturalista das decisões que interessam ao plano jurídico é conseqüência da transitoriedade dos achados científicos, evidenciada no capítulo em que se discutem os conceitos de vida e morte e as controvérsias que impedem a pronta regulamentação jurídica dos novos fatos. Tais conceitos podem ser formulados arbitrariamente no plano normativo, estando, portanto, suscetíveis a manipulações retóricas com o objetivo de realizar interesses parciais, estranhos à finalidade do Direito. A seguir, examinam-se disposições legislativas nacionais e internacionais com ênfase no Estatuto Moral e Jurídico do Embrião. Dá-se conhecimento das diversas posições dos Estados sobre o tema, assim como das diferentes compreensões sobre o momento em que tem início a vida. Na Comunidade Européia, onde o tema merece especial atenção, foi possível celebrar convenções que, embora vagas, reúnem as intenções mínimas dos países-membros.

Um outro capítulo trata da biotecnologia na legislação brasileira com exame circunstanciado da Lei 8974/95 que regulamenta os incisos II e V, do §1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. A falta de clareza e de precisão do legislador constitui um exemplo paradigmático da complexa tarefa que é atribuída ao Direito Penal na tutela dos novos bens jurídicos. A própria construção das figuras típicas envolve conhecimentos de genética e de expressões que se referem a processos ou técnicas científicas rapidamente superados. A exemplo da legislação de outros Estados, como se dá a conhecer, tutela-se a intangibilidade da espécie humana, que pode ser afetada pelas técnicas de engenharia genética, seja através de intervenções terapêuticas sobre os gametas, seja permitindo-se a hibridação com outras espécies.

O capítulo derradeiro discute a eutanásia, as novas formas de morrer e o Direito Penal. Trata-se das dificuldades que foram introduzidas pela biotecnologia para distinguir casos nos quais se deve utilizar de todos os recursos terapêuticos disponíveis para salvar uma vida, daquelas situações em que o seu uso implica em desrespeito à dignidade do indivíduo. Procura-se mostrar que a expressão eutanásia, cujo significado sempre foi impreciso, ganha nova complexidade em face dos recursos disponibilizados pela ciência para manutenção da vida, dando margem ao surgimento de novas expressões que buscam designar adequadamente as formas de antecipação da morte. Propugna-se, uma vez que se lida com a terminação da vida, a definição das propriedades que devem integrar os conceitos dos novos termos (eutanásia ativa, eutanásia passiva, eutanásia passiva direta, eutanásia passiva indireta, ortotanásia, mistánasia), admitindo-se como elementos comuns, em todas as situações: a existência de enfermidade grave, intenso sofrimento, consentimento do paciente. A maior ou menor censura a cada um dos fatos está ligada ao nível de gravidade da doença e ao seu prognóstico, ao móvel da ação e forma como ocorreu a intervenção no processo terapêutico: se simples recusa ou suspensão de tratamento de doenças terminais ou se abstenção de medidas úteis que abreviam a vida. O legislador brasileiro, na primeira tentativa de inserção de tipo autônomo no ordenamento nacional, em 1984, no anteprojeto de Código Penal, não fez a necessária distinção entre as espécies, reunido-as em um só tipo. Os anteprojetos subseqüentes, contudo, definiram duas situações: a

eutanásia, para a qual a pena cominada sofre atenuação, e a ortotanásia, diante da qual não há ilicitude.

Alinham-se, afinal, as conclusões que sintetizam os entendimentos mais importantes sobre o tema, revelados por este trabalho panorâmico.

Título I – BIOTECNOLOGIA E DIREITO

Capítulo I – O PROBLEMA DO TRATAMENTO NORMATIVO DA BIOTECNOLOGIA

1.1 Os desafios impostos pela biotecnologia na pós-modernidade

Tem-se afirmado que existir é estar em mudança permanente, mas existir na contemporaneidade é presenciar um ritmo intenso de transformações e instabilidades que marcam o período em que vivemos. Assim como se acreditou sob influência do Iluminismo, a ciência proporcionava o conhecimento absoluto da verdade. Hoje se sabe que todo conhecimento é transitório e superável. A evolução da ciência, que se faz através de rupturas e não de forma lenta e gradual, contribui para esta percepção, uma vez que a celeridade imposta pelas constantes descobertas de novas tecnologias tem um efeito exponencial que torna, a cada instante, obsoletas as conquistas precedentes.

O ser humano, mesmo suportando determinados ônus decorrentes do rápido ajustamento aos novos processos que essas descobertas demandam, tem-nas absorvido, de certa forma, com relativa facilidade e, até mesmo, com algum entusiasmo. Os aparelhos celulares capazes de acessar saldos bancários, os novos recursos de tecnologia de informação, DVDs, controles remotos, câmeras digitais, apenas para mencionar alguns deles, incorporaram-se ao cotidiano de significativa parcela da população que manipula, com desenvoltura e fascinação quase pueril, as novas máquinas de seu tempo.

Além de outras características postas em evidência (os riscos das novas tecnologias, a globalização da sociedade, a virtualização da realidade), pode-se

afirmar que a sociedade pós-industrial gira em torno desse anseio pela novidade e pela superação do antigo.

Contraditoriamente, porém, as pessoas vivem um sentimento de insegurança em face de ameaças, que são identificadas como provenientes da própria ciência e de ações vinculadas ao manejo das novas tecnologias, sobretudo quando estas são aplicadas no campo da medicina e da genética.

Esse fenômeno exige constantes adaptações sociais e novos posicionamentos compatíveis com as mudanças possibilitadas pela ciência, seja para recepcioná-las, seja para repudiá-las. De toda forma, ditas inovações geram um custo psíquico – individual e grupal – que deve ser tolerado pelos sujeitos, uma vez que elas abalam conceitos tradicionais e põem em questão, até mesmo, valores estabelecidos sobre a espécie humana. Na verdade, essas mudanças demandam uma compreensão do mundo através de novo padrão de entendimento e nova disciplina dos fatos.

Certas situações pontuam a rapidez das transformações e sua repercussão nas normas jurídicas, como ocorreu com a inseminação artificial heteróloga, cuja prática, no Código Penal de 1969, foi considerada crime punido com pena superior à do adultério. Hoje, não só se anuncia a possibilidade de escolhas de caracteres do futuro bebê e o *descarte* dos não desejados, como se reconhecem como concebidos, na constância do casamento, os filhos havidos pelo mesmo procedimento, desde que autorizada a prática pelo marido (art. 1.595 do Código Civil Brasileiro, Lei no. 10.406/02). As clínicas que geram óvulos em laboratórios apresentam-se como aliadas dos casais inférteis, anunciando a qualidade e a diversidade do material germinal de que dispõem.

Nas famílias, os papéis ora se confundem, ora se conjugam; somam-se necessidades e excluem-se membros (preferencialmente idosos que, pouco a pouco, são esquecidos em abrigos, hospitais e moradas especiais). A própria morte despiu-se dos odores, dos choros e dos tormentos que a cercavam para acontecer civilizadamente nos ambientes preservados das UTIs. A dor é escamoteada, expulsa, comprimida e travestida com os recursos disponibilizados pela moderna tecnologia.

Nessa sociedade, ocorre, ainda, uma relativização das normas éticas, de forma que os conceitos tradicionais de bem e mal, justo e injusto, já não se

apresentam com a homogeneidade necessária para orientar a ação do homem. Há uma multiplicidade de situações, diante das quais o conceito de *Bem* só emerge quando apreciado dentro de um determinado contexto, tomando-se em consideração as contingências do atuar humano. Mesmo antigas categorias – público/privado – e gêneros – macho/fêmea – parecem assumir um outro papel que não se exercita na oposição, mas na intercomplementaridade.

A dificuldade em precisar a substância nas coisas, porém, pode não significar, necessariamente, a perda de sua identidade, porque, como explica Menelick de Carvalho, "sempre haverá uma grade seletiva que molde nosso olhar para as coisas"¹, conferindo-lhes sentido. Este olhar, por seu turno, expressa um conjunto de regras e normas de comportamento, necessário para explicar atos, conceitos e, no universo jurídico penal, criminalizar ou justificar condutas.

Em um tempo marcado pela instabilidade e no qual os significados são constantemente restabelecidos, a possibilidade de existência de uma moldura axiológica rígida capaz de orientar uniformemente as ações parece difícil. Ao contrário, a flexibilidade e o respeito à diversidade firmam-se como qualidades fundamentais para a vida do homem pós-moderno.

A falta de padrões estáveis para julgamento ou a constatação da inidoneidade dos já existentes, assim como a perda de controle sobre os acontecimentos, geram, diante da aparentemente interminável sucessão de novas descobertas, um compreensível sentimento de insegurança e inquietação.

Desde as possibilidades de inseminação artificial ao seqüenciamento do genoma e à engenharia genética, tem-se questionado, de forma por vezes alarmista, o destino da humanidade em face das possibilidades de manipulação proporcionadas por tais técnicas. O medo de destruição da espécie – que reflete o temor de perda da própria identidade – tem dado causa a uma série de reflexões sobre as dimensões morais das técnicas resultantes desse desenvolvimento e enfatizado o compromisso do Direito com a concretização de uma ética voltada para preservação da dignidade humana.

¹ CARVALHO NETO, Menelick de. Notas de Aula. Curso de Hermenêutica Filosófica e Teoria da Interpretação. Mestrado em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, jul. 2000.

O temor de uma tecnologia que desumanize e crie homúnculos é uma reação natural que permite ao homem defender-se dos imprevistos, que são próprios do desconhecido, região, aliás, onde se visualiza a morte. O instinto de preservação parece orientar esta opção pelo conhecido, como se não houvera, como disse Maeterlink², “tormento conhecido que não seja preferível ao que nos aguarda no desconhecido”. Esquece-se, por vezes, de que muito do que parece ser, no momento, incognoscível pode ser conhecido, controlado e posto a serviço das exigências humanas.

A incognoscibilidade é provisória, mas, ainda que se guarde essa consciência, a ignorância diante do novo desperta temores curiosos; basta, no particular, que seja lembrada a dificuldade de aceitação das transfusões de sangue, cuja prática teve um início atribulado diante do temor de transmissão das qualidades do doador ao receptor: podia um homem receber sangue feminino, sem perder suas características? E a expansão marítima portuguesa, como teria acontecido sem a superação do medo do abismo que ficava por trás do horizonte, habitado por monstros terríveis? E os eclipses que anunciavam a ira de Deus ou o fim do mundo?

O assombro em face de novas tecnologias – rapidamente superadas – encontra espaço curioso na obra referencial de Nelson Hungria³, quando, ao tratar de meios heróicos de manutenção da vida, refere-se à hidratação orgânica com soro fisiológico, ao uso de antibióticos e de tenda de oxigênio como recursos extremos para “distrair a morte”. Hoje, estes são meios comuns, usados até mesmo em domicílio, cujo papel foi assumido – por algum tempo, certamente – por *bio bumpers*, drogas protetórias da morte e equipamentos de ventilação mecânica sofisticados.

Suportes artificiais de vida, recursos de informática sofisticados, transplante de órgãos, famílias integradas por casais do mesmo sexo são realidades que se vão tornando cada vez menos estranhas e suspeitas e, por isso, capazes de serem absorvidas com menos intranqüilidade.

²O autor é referido por Jiménez de Ásua quando trata de escritores que defendem a eutanásia e não as tentativas de manutenção da vida de enfermos agonizantes in: JIMÉZEZ DE ÁSUA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 397.

³HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por Omissão. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, t. 1, 5 ed, Apêndice. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 342-365.

É indubitável que as atitudes e sentimentos não se constroem sobre um pensamento linearmente lógico. A ciência, que já foi vista como um triunfo da razão, capaz de libertar o homem de seus tormentos e, portanto, de trazer-lhe felicidade, tem também um outro lado aterrorizante, explorado, sobretudo, pela ficção. O Frankenstein de Mary Shelley, de forma simbólica, evidencia a associação estabelecida entre o uso do conhecimento para criação da vida – tarefa tida como de competência privativa de Deus – e os monstros gerados como resultado da pretensão humana de participar da criação. Jesus Paula Assis⁴, a propósito da questão, conclui que "não é outro o assunto da maçã e da conseqüente queda do homem".

A visão apocalíptica da ciência neste milênio, na verdade, parece estar também vinculada ao medo da liberdade de escolhas diante da vida e da morte, preferindo-se aceitar esses acontecimentos como resultantes do desígnio de Deus. Isto talvez aconteça porque, para o homem, diante dos conflitos e dos temores que lhe causam a finita existência terrena e a ignorância do seu destino futuro, seja, afinal, melhor repassar a gestão dos grandes momentos da vida para Deus.

De qualquer sorte, é curioso lembrar que esses medos desaparecem nas ações de agressão ao meio ambiente, na exploração predatória dos recursos naturais e no uso de tecnologia que, embora desastrosa, possa produzir mais, por menos. Ocorre que, nesses casos, a identidade não é ameaçada ou perdida, mas, ao contrário, supõe-se reafirmada pelo poder, pela posse e pelo consumo.

A História pode também demonstrar que o ser humano é capaz de praticar ações as mais abomináveis sobre qualquer ser vivo, mas a idéia de que um elemento externo – a ciência – fomente a consecução de tais condutas, pode proporcionar certo alívio e atenuação das responsabilidades. O certo é que, ao construir sua trajetória, a espécie humana deixou marcas preocupantes quanto a sua própria capacidade de destruição, de forma que qualquer novo e incerto roteiro assusta, na medida em que pode remeter a essa aptidão aniquiladora. De outro lado, o viés histórico mostra que o passado foi tão ou mais estarrecedor que as perspectivas anunciadas pela revolução científica – o que não justifica que se possa instalar, em nome desta, um novo e peculiar circo de pavores. O horror integra a

⁴ ASSIS, Jesus de Paula. Ficção explora o lado negativo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 8, 27 jun. 2000.

trajetória existencial do homem nos mais diversos aspectos da vida: em economias excludentes e nas quais sua vulnerabilidade serve à exploração salarial, na política e nas religiões que matam e torturam em nome de um Deus que se supõe verdadeiro.

Assustam, é bem verdade, a frieza e o descompromisso de certas intervenções médicas, as fazendas de embriões, as “adoções” de embriões excedentários e o destino dos que não conseguiram um útero disponível e são descartados.

São problemas que causam inquietação a possibilidade de obtenção de seres por encomenda e ajustados a um modelo físico desejado, a preditividade, proporcionada pelos diagnósticos pré-natais e que podem prevenir a gestação de “filhos doentes”, os alvarás que permitem o aborto e a doação para transplantes de órgãos de anencéfalos, “seres sub-humanos”. Esses fatos apontam, à primeira vista, para valores utilitaristas, diante dos quais a vida e seu valor dependem, sobretudo, da capacidade que alguém detenha para cumprir o roteiro socialmente prescrito.

Se, de um lado, tudo isso é verdadeiro, também é válido lembrar que a biociência tem significativos triunfos para ostentar sobre a dor, a ignorância, a doença e a morte, sempre que se faz com êxito um transplante, possibilita-se melhor qualidade de vida a portadores de enfermidades graves, com novas drogas e equipamentos, e pode-se sonhar com a cura do câncer e do mal de Alzheimer. Festeja-se, graças aos novos medicamentos introduzidos nos últimos anos, a chegada à adolescência das primeiras crianças portadoras de HIV transmitido pela mãe, a possibilidade de cura de doenças transmitidas geneticamente e o prolongamento da vida com qualidade, ou seja, o conhecimento também significa libertação e superação das dificuldades. Assim, pode-se afirmar que nefasta não é a ciência, mas o que os homens podem fazer com o que quer que lhes seja posto nas mãos.

Por isso mesmo, procura-se traçar limites, estabelecer distinções entre bem e mal no uso das novas tecnologias, convocando-se o Direito não apenas para inscrever as proibições, mas também para absorver as transformações operadas na vida e consolidar as balizas éticas que orientem para o fluxo contingencial das condutas em face dos avanços da ciência. De toda sorte, não se pode pensar em um retrocesso em relação às conquistas da ciência, nem na ruptura da dependência da civilização de referência aos produtos por ela gerados.

Essa dualidade, que cada fato contém em si mesmo o temor de perda de controle sobre a tecnologia, tem gerado outros produtos positivos, sobretudo quando tem estimulado uma maior aproximação entre ética e conhecimento, “recolocando-se questões pertinentes à relação entre ciência e valor, relação esgarçada por conjunturas históricas, sobretudo contemporâneas [...]”.⁵

Restabelece-se a discussão sobre os limites da técnica e a função da ética nesse contexto, o que repercute finalmente sobre o Direito, pressionando-o a consolidar as reflexões da Bioética, e a dar novos sentidos aos conceitos atingidos pelas descobertas técnico-científicas.

Antes de ingressarem no campo do direito, porém, essas questões, introduzidas pelos avanços técnicos e científicos e os conflitos que suscitam, passam por discussões em um campo mais amplo que é o da Bioética. A Ética, aliás, sempre foi ponto de encontro de saberes como o Direito, a moral, a religião. Esse terreno comum abriga discussões sobre situações que podem ensejar diferentes escolhas morais, embora nem sempre as perspectivas sejam coincidentes. Assim foi com os temas da pena de morte, do aborto e, atualmente, com a clonagem, a fecundação assistida, a terapia gênica e outros da mesma natureza.

A expressão Bioética, utilizada atualmente com certa recorrência, para alguns autores, nem sequer constitui uma parte da ética⁶, embora para outros⁷, trate-se de uma das éticas aplicadas: a ética da saúde, que se ocupa com o agir correto ou o bem fazer no que tange aos conflitos morais suscitados pela biotecnologia, os quais dizem respeito à vida e à saúde. A ética aplicada, portanto, procura promover uma articulação com a ação concreta e, no caso específico, com aquela que deve existir entre ciência e o valor ínsito à vida humana.

⁵ SILVA, Franklin Leopoldo da. Da Ética Filosófica à Ética em Saúde. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 19-36 .p. 33.

⁶ SOARES, André Marcelo M. *Bioética e BioDireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002, afirma que, enquanto a ética está voltada para a investigação histórico-social do comportamento moral, a Bioética está voltada para orientar atitudes concretas em face de algumas situações humanas.

⁷ SILVA, Franklin Leopoldo da, op. cit.

Pela complexidade dos temas que aborda, a Bioética constitui um importante espaço de interlocução entre a religião, o Direito e a moral, preenchendo, por vezes, vazios jurídico-normativos, através de seus princípios.

1.2. A Bioética

A Bioética pode ser enfocada através de diferentes matrizes, comportando três abordagens: abordagem filosófica, abordagem temática e abordagem historicista, de acordo com Sérgio Costa e Débora Diniz⁸.

Van Rensselaer Potter⁹ é o autor do neologismo – Bioética – usado em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, na qual alertava para a necessária interlocução entre os valores éticos e os fatos biológicos, propondo um ponto de encontro entre as ciências humanas e as experimentais, com vistas à preservação da vida no planeta. Pode-se afirmar, assim, que suas preocupações decorriam de fatos humanos, quais sejam, aqueles que provocavam desequilíbrio ao meio ambiente pelas pressões de crescimento econômico.

No mesmo período, Henry Beecher¹⁰ relata pesquisas feitas em grupos de pessoas vulneráveis, incapazes, portanto, de se oporem às experiências a que eram submetidas. Na base da reflexão Bioética, encontram-se três casos¹¹ conhecidos de abusos em pesquisas com seres humanos, o caso Tuskegee, o do hospital de Willowbrook, em Nova York, e o do Hospital Israelita no mesmo local. A divulgação desses fatos colocou em evidência a perversidade que pode acompanhar experiências científicas em humanos (independentemente de quem seja o pesquisador), apesar dos tratados e convenções já celebrados para resguardar a

⁸ COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. Introdução à Bioética. In: _____; _____ (Orgs.). *Bioética: Ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001. p. 13-16.

⁹ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. New Jersey: Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971. *Passim*.

¹⁰ BEECHER, Henry. Ethics and Clinical Research. *The New England Journal of Medicine*, Waltham (MA), n. 16, p. 1354-1360, jun. 1966.

¹¹O Caso Tuskegee envolve pesquisas no Alabama em 400 negros sífilíticos deixados sem tratamento para acompanhamento do desenvolvimento da doença; o do Hospital Israelita refere-se à injeção de células cancerosas vivas em idosos doentes; e o do Hospital estatal de Willowbrook, a crianças retardadas mentais, nas quais injetaram vírus de hepatite.

dignidade da pessoa humana, a exemplo da Declaração de Nuremberg (1947) e da Declaração de Helsinki (1974), cujas normas, no entanto, foram consideradas pela própria Comissão de difícil operacionalização.

Nesse contexto, ou seja, sob a pressão de tais fatos, é que surge a Bioética¹², cujas primeiras propostas teóricas enfatizavam “o apelo ao tradicionalismo filosófico, por meio dos princípios éticos”, característica ainda hoje dominante¹³. Os valores inscritos nos princípios e nas reflexões contidos nos estudos, desde então realizados, pretendem funcionar como uma barreira moral ao domínio hegemônico da técnica, isto é, sem qualquer limite externo que lhe sirva de confronto.

Um próximo passo histórico importante na configuração da Bioética foi o Relatório Belmont, encomendado pelo Congresso dos Estados Unidos após ter conhecimento dos abusos praticados nas pesquisas em seres humanos. Por sua natureza, tornou-se a declaração principialista clássica, segundo Pessini e Barchifontaine¹⁴, ao indicar os princípios éticos básicos que deveriam orientar as pesquisas envolvendo seres humanos. Sua elaboração foi integrada por teólogos e filósofos que já participavam de grupos de discussões capitaneados por grupos médicos, acentuando sua natureza interdisciplinar.

Foram estabelecidos no documento três princípios, que serviriam como base hermenêutica para as reflexões específicas: o do respeito pelas pessoas (autonomia), o da beneficência e o da justiça.

Entende-se por beneficência (princípio já desdobrado para compreender também o da não-maleficência por Beauchamps e Childress¹⁵) a obrigação de maximizar o número de possíveis benefícios, minimizando os prejuízos.

¹² Sobre o surgimento da Bioética, vide NEVES, Maria do Céu Patrão. Repensar a Ética Hipocrática: a evolução da Ética Médica e o surgimento da Bioética. *Cadernos de Bioética*, Centro de Estudos de Bioética, n. 26, p. 5-20, ago. 2001.

¹³ DINIZ, Débora. Henry Beecher e a história da Bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. (Orgs.). *Bioética ...*, op. cit, p. 25.

¹⁴ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética: do Principialismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p 91-98.

¹⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 1994.

O respeito pelas pessoas consiste em duas convicções: a de que elas tenham capacidade de atuar e discernir (tenham autonomia), protegendo-se aquelas que são incapazes de tomar decisões. Dessa forma, uma ação é autônoma quando baseada no consentimento de pessoa apta para concedê-lo. De acordo com este princípio, o paciente tem o direito de ser corretamente informado sobre sua situação e tratamentos disponíveis, podendo recusar aquele que se oponha aos seus valores. O terceiro princípio, o da justiça, foi definido pela Comissão Belmont como sendo "a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios", ou ainda, tratamento igual para os iguais. O que se entende por igualdade pode exigir, na verdade, a elaboração de um tratado e, ainda assim, dificilmente, ao seu final, poder-se-ia chegar a um consenso ou mesmo enumerar todos os seus sentidos possíveis.

O relatório Belmont influenciou as reflexões de Beauchamps e Childress¹⁶ que, com a obra *Principles of Biomedical Ethics*, ofereceram a base teórica da Bioética principialista¹⁷. Aos princípios anteriores, que visavam à aplicação dos princípios gerais aos problemas da clínica médica, somaram o da não maleficiência, segundo o qual o médico não deve realizar práticas que submetam o paciente a risco e, sendo este inevitável, optar pela prática na qual o risco é menor e há menos sofrimento.

Para consolidar esses princípios, novos documentos internacionais foram celebrados, introduzindo-se pequenas alterações (1983, 1989, 1996), na Declaração de Helsinkí, que não desnaturam, todavia, sua força e natureza humanista, apesar da proposta de alteração ao artigo 24, que vem sofrendo críticas de diversos países signatários¹⁸.

¹⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*, op. cit.

¹⁷ De acordo com Léo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine, op. cit, p. 87, os autores, em nova versão da obra, incorporam outras proposições éticas, colocando-se, portanto, além do principialismo absolutista.

¹⁸ Surgiu, em 1997, polêmica sobre proposta feita por representantes da Associação Médica Norte-Americana que poderia desnaturar o documento, instrumento com o qual se procurou impedir horrores como o de Auschwitz. A proposta consiste na alteração do dispositivo que garante o acesso a tratamentos consolidados para pessoas que se submetessem a experiência clínica, substituindo-se a expressão consolidados por tratamentos disponíveis. Como diz DINIZ, Débora Declaração de Helsinkí: uma história de dignidade. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, p. 8-9, fev. 2000, na prática, na retórica dos laboratórios, com tal expressão, quer-se dizer tratamentos adequados à realidade de cada país, permitindo-se, portanto, que, em razão de diferenças

O princípalismo que estruturou a Bioética e serviu aos seus precursores, evitando que as decisões conflituosas ficassem a cargo da consciência de cada médico, é hoje objeto de reparos de autores, por diversos motivos.

Volnei Garrafa¹⁹ tem alertado para a necessidade de superação, nos países periféricos, da Bioética de base princípalista, que tem forte conotação anglo-saxônica, com vistas à implantação de uma “Bioética de intervenção”. Considerando a vulnerabilidade e exclusão de certos grupos sociais e a diversidade que seus problemas apresentam, quando se consideram aqueles dos incluídos, a resposta aos fatos e a interpretação destes não pode ser feita da mesma forma, segundo o autor. Os princípios, dessa forma, não devem ser utilizados para esvaziar a discussão das questões de Bioética do seu necessário conteúdo político, o que “ameniza ou anula a gravidade das diferentes situações de conflitos, principalmente aquelas coletivas²⁰”.

Tomar o princípalismo como caminho seguro para a resolução de novos problemas suscitados pelas novas tecnologias preocupa outros autores, como Soren Holm²¹, em razão da circunstância de que o documento elaborado por Beauchamp e Childress é claramente influenciado pela moral média americana e de que sua transposição para outros países e culturas deve ser evitada. Destaca, por outro lado, as dificuldades internas do princípalismo para resolver os problemas para os quais é convocado, quando há um conflito entre os princípios, no que diz respeito aos métodos por ele utilizados, já que não se dispõe de uma diretriz única capaz de superar o problema.

Léo Pessini e Christian Barchifontaine²² afirmam que a necessidade humana de segurança moral e de certezas constitui a fonte de abusos do princípalismo, que não pode ser visto como uma regra imperativa na solução dos

econômicas, as populações vulneráveis do país sejam submetidas a experiências com drogas, cuja eficácia e risco são desconhecidos.

¹⁹ GARRAFA, Volnei. Poder e Injustiça: por uma ética periférica. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2002. p. 43.

²⁰ Id., loc. cit.

²¹ HOLM, Soren. Critical analysis of princípalism. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002. Brasília. *Anais...* op. cit., p. 61.

²² PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética... op. cit., p. 86.

problemas éticos, mas como “uma abreviação utilitária da filosofia moral e da teologia, que serviu muito bem aos pioneiros da Bioética”.

Outros paradigmas de abordagem da Bioética têm surgido, destacando os autores o modelo contratualista (Robert Veatch), que enfatiza a existência de um contrato entre médico, sociedade e paciente; o modelo liberal autonomista, sublinhando o valor central da autonomia do indivíduo (Tristram Engelhardt); o do Direito natural, que reconhece existência a bens fundamentais como a vida, a racionalidade (John Finnis), e o modelo da libertação a partir da América Latina, que postula a construção de um arcabouço engajado com as necessidades das populações excluídas do processo desenvolvimentista²³.

Na crítica ao principialismo, encontram-se preocupações que se afinam às deste trabalho e que residem no fato de que o principialismo, assim como qualquer outra orientação (norma) de caráter geral, aponta no sentido da “sublimação das contingências de cada indivíduo”²⁴, o que se contrapõe ao princípio fulcral da sociedade pós-moderna, de respeito às diferenças individuais. Como instância mediadora de conflitos morais, a Bioética não pode ignorar a pluralidade de sujeitos e as diversidades culturais que constituem a sociedade moderna, propondo soluções de caráter dogmático, que impliquem abstrair o sujeito de suas circunstâncias. Em que medida é possível atingir esse projeto, seja pela via da Bioética, seja, pela via do Direito, constitui um dos grandes desafios dos que trabalham nessas áreas.

A definição inicial que é encontrada na *Encyclopedia of Bioethics*²⁴, conceituava esse ramo do conhecimento como “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Numa segunda edição, conforme Pessini e Barchifontaine²⁵, enfatiza-se a interdisciplinaridade e faz-se referência às diversas metodologias éticas, como se vê: “Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. Segundo os mesmo autores, este conceito denota uma abertura e

²³ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética...* op. cit., p. 86.

²⁴ DINIZ, Débora, Henry Beecher e a História da Bioética, op. cit., p.25.

²⁴ REICH, W.T. (Ed.) *Encyclopedia of Bioethics*. New York: Macmillan, 1978. *Passim*.

²⁵ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética...* op. cit., p. 86.

uma trajetória para uma ética que comporte diferentes paradigmas e abordagens, numa perspectiva interdisciplinar.

Apesar da tendência à incorporação de modelos que possam compreender o ser humano em suas contingências, até "porque a dimensões morais da experiência humana não podem ser capturadas numa única abordagem"²⁶, o paradigma princípalista ainda é predominante na Bioética, sobretudo em países periféricos, como anota Volnei Garrafa²⁷.

A Bioética não tem a pretensão, como ocorre com o Direito, de estabelecer dogmas gerais para as ações, não tendo força coercitiva para impedir certos comportamentos; ela questiona o papel da tecnociência para o bem-estar da humanidade, validando-a, na medida em que serve ao ser humano. Propõe-se, ademais, a funcionar como instância mediadora de conflitos morais que as novas tecnologias podem introduzir. Como conseqüência, coloca reflexões sobre a conveniência de estabelecer marcos que possam sinalizar a caminhada da ciência, sem que a essência do humano seja perdida pelo uso inconseqüente da técnica ou pela inércia preconceituosa e aprisionadora.

Esse espaço proporcionado pela Bioética é essencial para médicos e cientistas, que são postos, com freqüência, diante de conflitos para os quais não dispõem de um referencial seguro para suas ações, envolvendo o uso de tecnologias que podem curar e libertar ou violentar e matar. A Bioética, como foi dito, não quer estabelecer normas para punir condutas, não tendo, assim, caráter coercitivo. Preocupa-se, contudo, em refletir sobre o agir correto em situações de conflito, nos problemas relacionados com a vida e a saúde, oferecendo, destarte, um suporte que apóie as decisões. Trata-se de um conhecimento complexo, no centro do qual reside o compromisso com o respeito à diversidade dos indivíduos enquanto sujeitos morais. Deste modo, o bem não deve ser pensado como forma genérica e abstrata, mas sim a partir de situações concretas nas quais uma pessoa e suas circunstâncias serão consideradas.

²⁶ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética... op. cit., p. 94.

²⁷ GARRAFA, Volnei. Poder e Injustiça... op. cit., p. 43

1.3 A insuficiência da disciplina dos conflitos pelo uso dos princípios

Os princípios da Bioética, as normas deontológicas emitidas pelos órgãos de classe e aquelas pactuadas nas Declarações Internacionais, em razão de seu caráter genérico e plural, aparecem, em princípio, como uma opção suficiente e adequada para orientação das condutas que digam respeito à vida e à saúde e ao uso da moderna biotecnologia.

Como alerta Silva Franco²⁸, é difícil, porém, o controle do emprego das técnicas de engenharia genética, que já não são mais apenas manipuladas em um círculo restrito de destinatários, no qual podiam ser objeto de controle social informal. A realidade atual é diferente e é usual a utilização de técnicas sofisticadas que são divulgadas por clínicas nacionais. “A insuficiência do sistema de controle profissional é manifesta e as atividades biomédicas, a cada dia que passa, alcançam, em razão de novas descobertas tecnológicas, um número maior de pessoas e incidem sobre direitos fundamentais das mesmas”.

Assim, surge uma questão polêmica que diz respeito à necessidade ou não de regramento jurídico das condutas valoradas negativamente pela sociedade, com vistas à imposição de limites mais precisos a práticas julgadas ofensivas a bens e valores relativos à existência humana. Indaga-se, por outro lado, se seria mesmo necessária, em face da fecundidade do conhecimento aglutinado pela Bioética, sua capacidade de ajustamento aos valores e diante da celeridade da tecnociência, uma disciplina normativa dos conflitos morais introduzidos pela revolução biotecnológica. Seria adequada e possível a positivação dos princípios em regras que demarcassem com firmeza o âmbito das condutas admitidas e das proibidas?

Será que os princípios da Bioética, as Regras das Declarações Internacionais poderiam dar às normas vigentes um novo sentido que se coadune com os valores que se deseja preservar, funcionando como “uma hermenêutica jurídica de promoção da vida?”²⁹.

²⁸ FRANCO, Alberto Silva. Genética e Direito. *Revista de Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 4, n.1, 1996. p. 8. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio/v4/genetica.html>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

²⁹ SILVA, R. P. *Direitos Humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 84.

O modelo dos princípios apresenta-se como instrumental apropriado para a resolução de problemas bioéticos, à medida que estes se caracterizam por sua instabilidade (no sentido de que é difícil sua categorização) e conflitividade. Hoofft³⁰ ressalta que a Bioética tem uma especificidade que se caracteriza pela interdisciplinaridade dialógica, por funcionar como um campo de convergência e integração de saberes, características que uma excessiva juridicização pode destruir.

Sev S. Fluss³¹ lembra também que o desenvolvimento científico nesta área ocorre de forma tão acelerada que é muito difícil legislar de forma adequada, sendo preferível fortalecer a autonomia de pesquisadores responsáveis e de pessoas envolvidas em pesquisa, o que pode proporcionar um caminho mais seguro para viabilizar qualidade e benefícios para a saúde pública.

A idéia de que pesquisadores e médicos são pessoas responsáveis produz, nesses grupos, certa resistência à judicialização de suas condutas, que só se faria necessária em caso de algum abuso. Afirma-se, na defesa da não regulamentação legal, que a lei não é capaz de fazer com que as pessoas sejam éticas.

É perfeitamente possível, segundo alguns autores, que o indivíduo, guiado por sua própria experiência e consciência e pelo código de ética profissional, possa enfrentar e resolver os dilemas de sua prática cotidiana.

Aliás, desde a Comissão de Belmont, acreditava-se que os códigos, embora tivessem um papel a desempenhar na resolução de conflitos éticos levantados pelas ciências biomédicas, não eram operativos, porque suas normas não se ajustavam a muitas das situações complexas apresentadas concretamente e que, ademais, elas eram difíceis de interpretar e aplicar.

A mutabilidade dos fatos, determinada pela tecnociência, dificulta um tratamento jurídico suficientemente amplo e, ao mesmo tempo, seguro, para compreender toda a complexidade que existe em torno de temas como inseminação

³⁰ HOOFT, Pedro Frederico. *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999. *Passim*.

³¹ FLUSS, Sev S. An international overview of developments in certain areas, 1984-1994. In: MAZZONI, Cosimo Marco (Ed.). *A legal framework for Bioethics*. London: Boston: The Hague, 1998. p. 11-17.

artificial, clonagem, eutanásia, hibridação. Tal complexidade resulta também da dificuldade de normatizar esses temas, respeitando as diversas crenças e valores dos inúmeros grupos que compõem uma sociedade plural e democrática. De outro lado, o diálogo fecundo que se mantém no espaço proporcionado pela Bioética estimula uma recorrência aos princípios em suas múltiplas funções.

Considerando que os princípios, como diz Ricardo Maurício Freire Soares³², são dotados de uma capacidade expansiva e funcionam “como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos”, propõe-se, a título de exercício intelectual, a submissão de certos conflitos aos princípios da Bioética. O exercício tem em vista também apreciar, pela via da aplicação prática, o nível de suficiência e operatividade dos princípios na solução de casos, valendo-se, ademais, do fato de que estes, como diz Canotilho³³, ao contrário das regras que obedecem à “lógica do tudo ou nada”, permitem certa ponderação e avaliação dos fatos sob o foco dos valores que exprimem.

Os quatro princípios da Bioética, como foi dito, que resultaram do acréscimo feito por Beauchamp e Childress ao Relatório Belmont, tiveram uma formulação suficientemente ampla, para abranger, além da experimentação com humanos, a prática médica.

Segundo Manuel Atienza³⁴, tal como formulados, eles se aplicam, porém, apenas a casos fáceis, não só por sua amplitude, mas também porque, diante de situações complexas, é possível que haja sempre mais de uma máxima aplicável de sentido aparentemente contraditório.

³² SOARES, Ricardo Maurício Freire. A distinção entre princípios e regras no Direito. *Pro-Omnes*: Informativo dos Alunos de Direito da Bahia, ano 2, n. 16, out. 2003. Veja-se, ainda sobre o tema, do mesmo autor: *Hermenêutica, linguagem e princípios: repensando a interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2003. 132 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2003.

³³ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1035.

³⁴ ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Comp.). *Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autônomo de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. *Passim*.

Tratando-se, como diz Diego Garcia³⁵, de princípios *prima facie*, eles obrigam enquanto não entrem em conflito entre si porque, neste caso, deverão ser hierarquizados tendo em vista a situação concreta.

A hierarquização é necessária, segundo o mesmo Atienza, para evitar uma excessiva transposição das decisões para a prudência ou sabedoria práticas. Há algumas formas de hierarquização propostas; para Diego Garcia, devem-se subordinar as razões utilitaristas (aquelas ligadas à felicidade e ao bem) às idéias de correto e incorreto que correspondem a uma ética de dever, sujeita a coerção externa. A não maleficência e a justiça fazem parte desta ética de máximos, por isso correlacionada ao direito, e a autonomia e a beneficência integram uma ética de mínimos, cuja imposição não pode ser externa. Estes, portanto, sucumbem diante daqueles.

Dworkin³⁶ trata de duas espécies de princípios, os que fixam objetivos políticos, econômicos e sociais e os que estabelecem os ideais de justiça, equidade e moral positivadas, estes considerados princípios em sentido estrito a que se subordinam os demais.

Atienza³⁷ entende que, tratando-se dos princípios bioéticos, não é possível usar o critério dworkiano, já que nenhum deles pode ser interpretado como princípio diretriz. Por isso, propõe uma hierarquização através de regras, utilizando a “racionalidade jurídica diante de conflitos”, ou seja, propõe uma juridificação da Bioética, que consiste em concretizar e precisar os princípios através de regras. A aplicação dos princípios aos fatos, sem intermediação de outros recursos, pode, efetivamente, apresentar contradições.

Antes de mais nada, seria necessária uma explicitação das expressões, justiça/igualdade, autonomia/liberdade, beneficência e não-maleficência.

A expressão justiça, por exemplo, não é unívoca, havendo inúmeras teorias que buscam conceituá-la. Perelman³⁸ atribui pelo menos seis sentidos à palavra justiça que podem ser sintetizados nos aforismos: a cada qual a mesma

³⁵ GARCÍA, Diego. *Procedimientos de decisión en Ética clínica*. Madrid: Eudema, 1991. p. 33 e ss.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. *Passim*.

³⁷ Id., *Ibid.*, p. 72 e ss.

³⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *Passim*.

coisa, ou seja, todos os seres devem ser tratados da mesma forma sem levar em consideração nenhuma das peculiaridades que os distinguem; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo sua posição; a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Todavia, para a Comissão Belmont, por justiça, deve-se entender a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios. De acordo com este princípio, é possível o aborto de anencéfalos para doação de órgãos? Ou ele não é considerado um igual ao recém-nascido que precisa do transplante e, por isso mesmo não se aplica o princípio?

A autonomia corresponde à liberdade, valor que, embora estivesse presente em muitos ordenamentos jurídicos, tinha significados diferentes. Nas sociedades escravagistas, por exemplo, era apenas compreendida no seu aspecto interno, significando o poder que o indivíduo teria sobre si mesmo de modo a não vir a ser dominado pela matéria. Como princípio de Bioética, significa capacidade de atuar com conhecimento, da qual deriva a exigência do consentimento informado do paciente, ou seja, o direito de escolher que tratamento realizar dentre aqueles apresentados.

Há situações, não previstas pelo princípio, que demandam uma regulação específica: se uma pessoa não pode decidir, quem deve atuar em seu nome, podem os pais negar o consentimento para que um filho menor seja submetido a um tratamento, em razão de suas crenças?

Outras questões ainda se apresentam no que tange à autonomia. O poder de autodeterminação do ser humano, que constitui expressão de sua individualidade, comporta como conseqüência a noção de diferentes níveis de determinação. O Direito absorve esta distinção através dos institutos da capacidade e da imputabilidade impondo, como se sabe, conseqüências jurídicas distintas às pessoas que têm a autonomia reduzida em razão de uma vontade e inteligência insuficientes. Que nível de desordem emocional afetaria a capacidade decisional, deixando ao médico o poder de decidir, e, em que situações?

As experiências com seres humanos introduzem ainda uma nova complexidade quanto à extensão da autonomia e do consentimento informado que confere legitimidade ética às pesquisas. O Relatório Belmont prevê que indivíduos, cuja autonomia esteja diminuída, devem ser protegidos, a fim de não serem utilizadas indevidamente como cobaias humanas. Tem-se em vista evitar que pessoas

vulnerabilizadas em razão de sua condição social, cultural, étnica, política, econômica ou educacional, sejam envolvidas em experiências sem entender seu inteiro significado e conseqüências. A autonomia de um ugandense que concorda em se submeter a experiências sobre a evolução e desenvolvimento do vírus HIV, em troca de antibióticos para tratar outras enfermidades já instaladas, deve ser tomada em consideração?

Como reconhecer, nas diferentes culturas e situações econômicas, a liberdade e competência da decisão? Certos povos³⁹, em razão do precário nível econômico, seriam considerados como tendo a autonomia diminuída; neste caso, quem decidirá por eles? Existe, aliás, um padrão de liberdade e autonomia universal?

O consentimento dado por um americano pobre, ganancioso ou em fase de mania para participar de estudos sobre portadores de distúrbio bipolar em uma clínica de Los Angeles⁴⁰, em troca de até US\$ 2,880.00 e exames de laboratórios gratuitos, é ético e jurídico?

Quanto à beneficência no seu sentido estrito – obrigação de maximizar os benefícios possíveis, de promover o bem –, ele se realiza se pode trazer um benefício para outras pessoas e conta com o consentimento da pessoa afetada, embora possa causar-lhe dano?⁴¹

No que diz respeito à não-maleficência que significa, sobretudo, não causar danos ao paciente, no que tange a pesquisas, será que se atende a este princípio quando se testa, por exemplo, o uso de insulina por inalação, sem se saber dos efeitos posteriores sobre o pulmão?

Caso se entenda que os pesquisadores têm o dever de cuidar da doença que é o objeto de sua observação e estudo, pode a ciência avançar na luta contra as enfermidades sem empreender transgressões de natureza moral?

³⁹ No Brasil, 500 mil pessoas foram envolvidas como sujeitos de pesquisa, conforme informação da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, órgão do Ministério da Saúde, o que demonstra que, além das motivações pessoais, as deficiências do sistema público de saúde podem funcionar como forte estímulo para a participação em um teste, porque, mesmo com todos os riscos envolvidos, ainda assim, ele representa uma situação privilegiada em relação àquela oferecida pela rede de saúde convencional.

⁴⁰ Anúncio publicado VOLUNTEERS Need. *Los Angeles Times*, Los Angeles, p.G1, jun. 30 2001.

⁴¹ Exemplo de ATIENZA, Manuel. *Juridificar la Bioética*, op. cit., p. 86.

Com essas questões, pretende-se demonstrar a necessidade de uma regulamentação mais específica que permita também uma orientação mais concreta das condutas.

Capítulo II - A FUNÇÃO DO DIREITO NA DISCIPLINA DOS PROBLEMAS BIOÉTICOS

2.1 O apelo à intervenção do Direito apesar da Bioética

A preocupação com as limitações do instrumental normativo até então disponível, na regulação dos conflitos decorrentes do uso da biotecnologia, tem conduzido a questionamentos que desembocam na convocação do arsenal jurídico como recurso capaz de dar efetividade às diretrizes traçadas pela Bioética. Este ponto de encontro entre a ciência e a ética aplicada, como diz Hoofft⁴², é designado como BioDireito (“materialização da Bioética”) denominação, aliás, que Maria do Céu Patrão Neves⁴³ afirma ser um fenômeno tipicamente europeu, sem correspondente exato na cultura anglo-saxônica, devendo constituir-se em espaço de interação interdisciplinar e não em mais um ramo do ordenamento jurídico.

A idéia do recurso à regulamentação legal de um núcleo de questões que devem ser sancionadas tem sido referida por autores quando procuram estabelecer o conjunto de prescrições que oriente o uso adequado da ciência. Nesse sentido, Eugenio Lecaldano⁴⁴ afirma que certos problemas surgidos com o desenvolvimento científico e tecnológico devem ser tratados exclusivamente dentro das regras morais, enquanto outros devem ser sancionados juridicamente de forma rígida.

⁴²HOOFT, Pedro Frederico. *Bioética y Derechos Humanos: temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 11.

⁴³ NEVES, Maria do Céu Patrão. Bioética e Biodireito. In: _____. (Coord.). *Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502.

⁴⁴ LECALDANO, Eugênio apud GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 99-110.

Canotilho⁴⁵ alerta para o fato de que “as instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa sociedade técnica, informativa e de risco, que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o Direito de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica”. “Não se admirem por isso”, acrescenta, “as angústias constitucionais perante os fenômenos da biotecnologia (inseminações, clonagens), das auto-estradas da informação, etc”.

Ainda que se compreenda, com Perelman⁴⁶, que há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação específica, se impõem a todos porque expressam os valores a que o Direito cabe tutelar, mesmo assim, o apelo a normas-regras faz-se necessário porque estas oferecerão àqueles princípios a densidade desejável.

Os princípios da Bioética podem orientar o direito, assumindo feição jurídica porque se tornam exigíveis, seja através dos costumes ou da positivação em lei como ocorre nos sistemas romano-germânicos⁴⁷. Por seu grau de indeterminação, porém, “carecem de mediação concretizadora”⁴⁸ para aplicação ao caso concreto, o que é essencial ao Direito em geral e, em particular, ao Direito Penal, atrelado ao princípio da estrita legalidade. Por estarem hierarquicamente mais próximos dos ideais de justiça, cumprirão uma função hermenêutica essencial na aplicação das normas-regras.

É bem verdade que, ainda assim, pode-se argumentar, com certa racionalidade, a favor de uma disciplina apenas ética dos fatos, de base essencialmente principialista, que sirva como referência para decisões que devem considerar a diversidade e a complexidade que os conceitos de bem e mal, correto e incorreto, assumem na sociedade pós-industrial. Ocorre que, embora no Direito a utilização dos princípios possa conduzir a decisões mais justas, no que tange ao Direito Penal, tal tese, embora aparentemente harmônica com os postulados do Direito Penal mínimo, impede a segurança e a certeza exigidas pela sociedade

⁴⁵ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed Coimbra: Almedina, 1998. p. 23.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *Passim*.

⁴⁷ A lei 8.974 de 1995, que estabelece normas para o uso de engenharia genética, usa o princípio da beneficência como elemento do tipo do artigo 13, II.

⁴⁸ CANOTILHO, José Gomes, op. cit., p. 437.

diante das condutas que afetam a vida, bem jurídico que, afinal, constitui a razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

Deve-se acrescentar também, a favor da intervenção do direito, que a ética permite interpretações pessoais sobre o conteúdo de seus princípios os quais, embora reflitam valores coletivos, não têm a precisão da regra jurídica que lhes dá consistência e coercitividade. Como disse Alberto da Silva Franco⁴⁹, “é mais do que evidente que não se tutela a dignidade da pessoa humana com um mero apelo à consciência de cada pesquisador [...] É mister algo mais e esse *plus* é representado pelos controles sociais formais, mais eficientes”.

É necessário, portanto, que o legislador intervenha, ordenando condutas e definindo limites que não podem ser deduzidos das vagas formulações da Bioética e que não podem ser deixadas ao arbítrio de pesquisadores e profissionais de saúde, conforme Ramón Martín⁵⁰. Só a lei pode-nos dizer quando e em que condições é lícita a prática de um aborto ou a realização de um transplante de órgãos, sem as normas que garantam a efetividade dos princípios, pouco pode ser feito.

Valnei Garrafa⁵¹ propõe que, no processo de juridicização da Bioética, sejam elaboradas normas positivas, afirmativas, evitando-se “regras sobre proibições que podem deter a força libertadora da ciência e da técnica”, da qual todos os povos e pessoas devem ser beneficiários. E, embora afirme a necessária contribuição dos cientistas como sujeitos ético-jurídicos, acredita que a eles não se devam delegar decisões que dizem respeito a todos.

A natureza dos valores envolvidos, todavia, e a natural divergência sobre o tratamento a ser dispensado a temas como aborto e eutanásia, por exemplo, recomendam a ampliação das reflexões para que, ao se elaborar as regras jurídicas, elas estejam acima das impressões que os fatos produzem e possam oferecer a precisão necessária na disciplina desses temas.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e Direito. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 4, n.1, 1996. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio/v4/genetica.gtml>>. Acesso em: 07 jun. 2002.

⁵⁰ MATEO, Ramón Martín. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

⁵¹ GARRAFA Volnei. Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à Bioética*, op.cit., p. 105.

2.2 As dificuldades do Direito na disciplina dos novos fatos

Os novos fatos criados pela biotecnologia, após serem objeto de reflexões éticas, devem, portanto, ter ingresso no direito, como instância capaz de concretizar o “mínimo ético” desejado. É certo que o direito, e especialmente o Direito Penal, não devem ser usados para coagir as pessoas em razão de sua posição moral, mas não se pode refutar a estreita ligação entre Direito e moral, relação que pode ser constatada quando se considera que as máximas morais geram os costumes que, por sua vez, servem como fonte material ao legislador.

Desta forma, embora não haja entre a norma moral e a norma penal uma identidade de conteúdo, não se pode compreender um Direito em oposição à ordem moral vigente: “disso resulta, pois, que o Direito Penal, como não poderia deixar de ser, quer também contribuir para a construção de um mundo valioso, razão pela qual não pode colocar-se em oposição aos valores morais dominantes⁵²”.

O Direito deve, porém, na medida do possível, apresentar-se com abertura suficiente para atender ao pluralismo moral, realizando o princípio da tolerância e respeito à diversidade, incentivado nas sociedades ocidentais contemporâneas. Esta, porém, é uma tarefa delicada, em se tratando de temas tão impregnados de crenças, religiosidade e valores distintos.

É bem verdade que as novas ameaças ao indivíduo, a sua liberdade e diversidade impuseram uma revisão profunda no mundo jurídico, que passou a centralizar suas atenções na dignidade da pessoa humana. Vem ocorrendo, como diz Heloisa Helena Barboza⁵³, uma configuração especial do Direito para tratar dos problemas bioéticos, atendendo a princípios próprios e diferenciados, coincidentemente com o reestruturar das normas jurídicas. Isso ocorre, segundo a autora, mesmo no campo do direito privado, que promove o deslocamento de sua atenção, que se fazia com enfoque privilegiado sobre o patrimônio, para centrá-la no

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12.

⁵³ BARBOZA, Heloísa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Temas de BioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12-40.

ser humano, de forma que a tutela dos interesses individuais se faz a partir dos princípios constitucionais que encerram valores maiores, como a dignidade humana.

O fato de que a pessoa humana seja tomada como eixo do sistema, e que o Direito se mostre aberto para os novos fatos, deve significar que o respeito ao ser humano se dará além das crenças e das moralidades, sem o que todo discurso não passará de mera retórica. Ao homem pensado pelo Iluminismo como uma abstração descontextualizada, sucede a pessoa e suas múltiplas circunstâncias, que devem ser respeitadas em todas as instâncias normativas.

No mundo do direito, essa tarefa oferece alguma complexidade. Os países democráticos procuram afirmar a igualdade de todos diante da lei, sem distinção de qualquer natureza, e desenvolvem, nesse sentido, políticas de ação afirmativa. O alcance dessa meta não se esgota na superação das desigualdades, mas pressupõe, reafirme-se, a compreensão e aceitação da multiplicidade de valores, crenças e ideologias de todos os cidadãos.

É, portanto, em tecido hipercomplexo, próprio das sociedades pós-modernas, e onde as diferenças devem encontrar oportunidade de realização, que se espera que ocorra o equilíbrio delicado entre a regra jurídica – pretensamente espelho de expectativas coletivas - e as liberdades individuais.

O direito, através da regra jurídica, emite comandos gerais, abstratos, nos quais pretende reunir as expectativas em torno de condutas esperadas. Ocorre que é difícil alcançar e manter uma convergência de valores sobre certas matérias em um contexto de conflito e diversidade, porque o próprio antagonismo é estimulado nas sociedades democráticas. O consenso, como defende Chantal Mouffe⁵⁴, existe como resultado de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder, implicando sempre alguma forma de exclusão. O consenso possível diz respeito a alguns princípios e sua interpretação será sempre conflituosa, de forma que a democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo mediante a imposição de uma ordem autoritária. Na verdade, a

⁵⁴ MOUFFE, Chantal. Globalização e cidadania democrática. Tradução de Katya Kozicki. Palestra realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, Curitiba, 19 mar. 2001, e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 4 abr. 2001. p 1-8. Xerocopiado.

própria democracia deve criar espaço para a expressão de valores e interesses conflitantes.

A esfera privada não significa mais um espaço egoístico, enquanto o público representa o coletivo. O que se entende hoje é que há uma interdependência entre os dois âmbitos, e que o público é espaço de realização do privado e das diversas identidades. Dessa forma, não se pensa mais em hierarquizar uma esfera em favor de outra, mas em garantir os direitos individuais e das coletividades, assim como aqueles valores almejados por toda a comunidade política. A harmonização dos interesses, seja dos indivíduos, ou dos grupos entre si, e os destas ordens com os gerais ou públicos, é considerada a tarefa básica de uma sociedade política. Willis Santiago⁵⁵ afirma que apenas esta “harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em algumas delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses”.

A proposta, que retrata uma moderna concepção de democracia, no que tange aos temas da Bioética, assume uma particular dificuldade que consiste em reconhecer a “desuniversalização” dos sujeitos sociais e, ao mesmo tempo, conciliar, através da norma, a multiplicidade de valores, expectativas e crenças que esses indivíduos professam. Claus Roxin⁵⁶, no que tange ao tema da eutanásia, chega mesmo a afirmar que normas abstratas dificilmente poderão regular questões pouco generalizáveis. O choque de valores e interesses exige a tolerância e a aceitação das diferenças reclamadas pelo pluralismo democrático, até para que não deságüem em conflitos raciais e religiosos que o mundo vê intensificados.

Apesar de se constatar a necessidade de adesão do Direito ao processo de ajustamento do desenvolvimento científico ao bem-estar da pessoa humana, e, embora seja possível identificar um movimento no sentido de assegurar e consolidar garantias historicamente conquistadas em face das ameaças que ele sugere, há ainda um vazio legislativo no Direito brasileiro. É bem verdade que o desalinhamento que se pode constatar entre a norma, o valor e o fato não é absurdo, mas freqüente

⁵⁵ SANTIAGO, Willis. *O Processo Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Júnior, 1999. p. 64.

⁵⁶ ROXIN, Claus. Apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, p. 9-38, 2000.

e comum, fazendo mesmo parte do próprio fluxo histórico do Direito que ora se alinha às expectativas e à realidade social, ora precisa recolocar-se para alcançar seus fins.

Esse vazio, embora possa ser compreendido em razão de múltiplas questões, que serão tratadas neste trabalho, reclama um encaminhamento sério e competente do problema, evitando-se que sua disciplina se faça através de prescrições desordenadas.

Podem-se identificar, pelo menos, três causas que contribuem para a defasagem entre o fato e a norma na matéria em apreço: as incertezas e provisoriedade dos achados científicos, assim como a fluidez da ética contemporânea e a pluralidade de expectativas dos diversos segmentos sociais. Mesmo admitindo que o sistema jurídico é incompleto e provisório, e não possa ser definitivo, porque a vida é um processo constante de mudanças, é preciso encontrar um ponto de convergência, a partir de princípios comuns.

2.3 A adesão do Direito Penal

O Direito Penal é, naturalmente, convocado para emprestar sua adesão e coercitividade na tutela de bens e interesses que se deseja preservar das lesões e ameaças produzidas pela biotecnologia (tais como a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético da humanidade, a identidade e irrepetibilidade característica de todo ser humano, a dupla dotação genética e a sobrevivência da espécie humana⁵⁷), em razão da importância destes bens e da gravidade dos ataques.

O ineditismo das situações, assim como a velocidade com que elas ocorrem e se diversificam, tem, porém, surpreendido o Direito Penal, provocando desestabilizações no seu arsenal teórico tradicional, reclamando um realinhamento desse ramo do Direito com a realidade.

Na verdade, o Direito Penal é confrontado, não apenas com as questões postas pela Bioética, mas, de forma geral, com o problema relativo ao oferecimento ou não tutela a outras situações postas pela sociedade pós-moderna, nas quais é

⁵⁷ Enumeração feita por ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 315.

demandado para funcionar como um sistema eficiente de gestão de riscos. Pode-se dizer que, hoje, esse ramo do Direito encontra-se em face de um dilema: manter-se fiel ao paradigma do Iluminismo ou de expandir-se e reformular-se para fazer face às ameaças da sociedade pós-industrial, ainda que sob o perigo de perder a própria forma ou, ao menos, a forma segundo a qual vem procurando legitimar-se.

Nesse sentido, anuncia-se que “o mergulho do Direito Penal nas turbulentas águas do risco”, tal como Paulo Silva Fernandes⁵⁸ refere-se à situação, afetará suas matrizes e que, para promover uma sensação de segurança, ele romperá com diversas de suas teses centrais, entre as quais a da exclusiva proteção de bens jurídicos determinados, a da intervenção mínima e a da necessidade. Em contrapartida, dar-se-ia uma expansão das leis simbólicas, com o recurso abusivo à criminalização de condutas de perigo abstrato, às normas penais em branco e à criação de bens jurídicos destituídos de substancialidade.

No que tange à questão do bem jurídico, Juarez Tavares⁵⁹, aliás, já afirmava que, “de uma sociedade liberal individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo gradativamente a sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação” e que tal noção, na visão pós-moderna do funcionalismo, na versão de Jakobs⁶⁰, deverá ser substituída pela de estabilidade normativa.

Hoje, os bens jurídicos, para os quais se reclama a proteção do Direito Penal, têm natureza diferenciada daqueles que, desde o iluminismo, integravam o núcleo de suas preocupações. Pode-se mesmo afirmar que é a própria natureza do bem (difuso, supra-individual) e a forma de proporcionar-lhe proteção eficaz que constituem o cerne de toda a polêmica em torno do papel da intervenção do Direito Penal na chamada sociedade de risco.

⁵⁸ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Liv. Almedina, 2001. p. 71-97.

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.178.

⁶⁰ JAKOBS, Gunther. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juricidad y eticidad. *Revista Peruana de Ciencias Penales Laser Graf Alvarado*, Lima, ano 2, n. 4, p. 513-530, 1994.

O Direito Penal tradicional cuidava de bens eminentemente individuais, egoísticos, no dizer de Paulo José da Costa Junior⁶¹, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, cujas lesões eram facilmente identificadas em sua causalidade e extensão. Nas últimas décadas, a revolução tecnológica provocou uma profunda transformação na sociedade e, conseqüentemente, alterou a formatação da criminalidade que aparece cada vez mais imbricada com atividades lícitas e cuja lesividade é fragmentada e de pouca visibilidade. Essa criminalidade atinge interesses difusos, refere-se a dados, de fato, acidentais, que, no dizer de Mancuso⁶², “não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo [...], podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido”.

As ações que podem lesar ou causar ameaça de lesão a esses bens são próprias da sociedade pós-industrial e podem resultar de atividades consideradas socialmente úteis, de forma que a ilicitude se configura por uma atuação fora da pauta legalmente permitida, razão por que, como disse Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado⁶³, existe uma conflituosidade que impede que se ofereça uma proteção absoluta a tais espécies de bens jurídicos.

Na sociedade a que nos habituamos por chamar, como quis Ulrich Beck,⁶⁴ de sociedade de risco, as ameaças, portanto, não são mais aquelas causadas pelas catástrofes ou acidentes naturais, que estão quase controlados pelos homens. Na contemporaneidade, são as decisões tomadas por outro homem no manejo das novas tecnologias que podem provocar desastres e lesões disseminados em massa.

⁶¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Do meio ambiente: Parte II. In: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo Juarez da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1990. p. 234-259. p. 236.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 79.

⁶³ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 80.

⁶⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacía una nueva modernidad*. Barcelona: Ed. Paidós, 1998. Versión al español de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. *Passim*.

Apesar de todo o desenvolvimento tecnológico e suas repercussões positivas sobre o bem-estar da humanidade, não é possível negar os aspectos negativos do desenvolvimento, seja na degradação do meio ambiente, nas fraudes praticadas no mercado, nas lesões aos consumidores e, no campo da engenharia genética, especificamente, nos riscos de uma possível perda de identidade da espécie humana. José Siqueira⁶⁵, a propósito, diz que pela técnica o homem tornou-se perigoso para o homem, somando à vulnerabilidade da vida um “fator desagregador suplementar que é a sua própria obra”.

Figueiredo Dias⁶⁶, a respeito, pondera que vivemos em “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente a extinção da vida.”

Jesús Maria Silva Sanchez⁶⁷ afirma não existir dúvida sobre a existência dos novos riscos, mas que é duvidoso que o grau de insegurança sentido pelas pessoas corresponda ao grau de existência objetiva de riscos incontroláveis. Eles são compensados, ademais, pela redução radical dos perigos procedentes de força natural (enfermidades e catástrofes), de forma que se poderia afirmar, com o autor, que a humanidade jamais esteve tão segura. Acrescenta também que há elevada sensibilidade ao risco, que surge, entre outras razões, pelo ritmo acelerado de transformações que produzem uma forte angústia derivada da perda de controle dos acontecimentos.

Conforme pondera ainda o autor⁶⁸, o fato de que essa sociedade seja marcada também pela integração supranacional, pela globalização e massificação, destaca a importância, que nela têm os meios de comunicação, que transmitem imagens onde o próximo e o distante se confundem na representação do cidadão.

⁶⁵ SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o Princípio da Responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: UEL, 1998. p. 39.

⁶⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 44.

⁶⁷ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal.: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. *Passim*.

⁶⁸ Id., *Ibid.*, p. 27.

Mais do que isso, existe uma atitude de dramatização de notícias para uma opinião pública fascinada pela morte e pela transgressão, que gera uma sensação de insegurança que nem sempre corresponde ao nível de risco objetivo.

Outra característica dessa sociedade que é também global é a possibilidade de ações, praticadas à distância por pessoas nem sempre identificáveis, poderem causar lesões em grupo de sujeitos nem sempre determináveis, ou seja, as lesões, em razão do bem jurídico lesado, não se circunscrevem a determinada pessoa ou pessoas concretamente definidas de forma que os cidadãos sentem-se vulneráveis nos diversos setores de sua vida pessoal e social.

Por isso que a questão da segurança, a par do possível superdimensionamento do risco, passou a constituir uma pretensão social que se deseja ver atendida pelo Estado, seja pela via do Direito Penal ou pela via do Direito Administrativo Penal ou Direito de Intervenção, como desejam os autores da Escola de Frankfurt. De qualquer sorte, não se pode negar a existência de uma “verdadeira demanda social por mais proteção”⁶⁹.

No que tange ao Direito Penal e ao papel que pode desempenhar em face dos problemas suscitados pela sociedade pós-industrial, pode-se dizer que os autores se agrupam, basicamente, em três diferentes posições: alguns propugnam pela expansão e realinhamento da dogmática, conservando-se certos princípios garantísticos; outros pela preservação das garantias clássicas e, portanto, pelo fechamento do Direito Penal em um núcleo básico (integrado por bens individuais); outros, ainda, pela flexibilização e renúncia dos princípios da idade moderna que não podem subsistir na pós-modernidade, dotando-se, desta forma, o Direito Penal de instrumentos para proteção das futuras gerações.

A tecnologia avançada da sociedade de risco expandiu, de tal forma, as possibilidades de lesão ou perigo de lesão que, dificilmente, serão atingidos, apenas, bens jurídicos individuais, mas, ao contrário, por suas proporções, as ações tendem a causar lesões disseminadas em massa, o que reclama a defesa de bens jurídicos coletivos e supra-individuais. Por isso mesmo, Figueiredo Dias indaga se é possível manter dentro deste quadro as idéias tradicionais do Direito no que tange à culpa, à imputação objetiva, ao erro e, sobretudo, a idéia de que “o delito de acção

⁶⁹ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal*, op. cit., p. 20.

doloso constitui a forma normal e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e omissão”. Ademais, “como [...] manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando [...] existirá, na maioria das vezes, uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?”⁷⁰.

Propõe-se, assim, o reajustamento da dogmática para que forneça os instrumentos adequados para os problemas apresentados pela sociedade global, sem que se desprezem as conquistas da modernidade, sobretudo no campo dos direitos humanos (o que inclui sempre o princípio da intervenção mínima e da proteção de bens jurídicos). Assim, a disciplina jurídico-penal dos novos fatos passa pela identificação “do velho pensar, sem destruí-lo [...]”⁷¹. Esta posição, defendida por Jorge Figueiredo Dias e Alberto da Silva Franco⁷², dentre outros, implica a relativização de alguns princípios, a superação do carácter individual da responsabilidade penal, a flexibilização dos critérios de imputação, a antecipação da tutela e, portanto, a admissão de um processo criminalizador centrado nos tipos de perigo concreto ou abstrato. Este Direito Penal secundário constituiria um subsistema colateral (penal, porém), no qual os princípios do Direito Penal tradicional teriam menor intensidade garantística.

Essa linha de pensamento assemelha-se àquela de Silva Sanchez que, na tentativa de preservar as garantias do Direito Penal moderno e, ao mesmo tempo, garantir-lhe uma função na resolução dos conflitos atuais, fala em um Direito Penal de duas velocidades. Para este autor, existem duas espécies de delitos: uma que, guardando as características tradicionais, tem como consequência de sua realização a pena privativa de liberdade como sanção e, por isso mesmo, é cercada de maiores garantias; o outro grupo de ilicitudes, mais distanciado do núcleo central do Direito Penal, teria regras de imputação menos rigorosas, flexibilizando-se certos princípios políticos criminais, tais como os da legalidade e da culpabilidade, e adotando-se

⁷⁰ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión...* op. cit., p. 44.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: _____. (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 239-264. p. 252.

⁷² Apud DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a “sociedade industrial”..., op. cit., p. 54.

penas mais próximas das sanções administrativas. Esta é uma proposta que, segundo o autor⁷³, permite que o Estado cumpra sua função racionalizadora sobre a demanda social de punição, podendo dar lugar a um modelo que seja funcional de um lado e que, de outro, seja suficientemente garantístico.

Para Figueiredo Dias⁷⁴, entretanto, esta posição é assumida, tendo em vista o Direito Penal econômico-social, próprio da sociedade industrial avançada, e não para cuidar dos problemas da sociedade do risco. Além do mais, ressalta que os dois diferentes paradigmas podem conduzir ao domínio de um sobre o outro, “sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrolável do cerne pela periferia”.

Uma outra corrente pressiona pela expansão e reformulação do Direito Penal de modo que possa fazer face aos riscos provocados pela tecnociência, alertando para a necessidade de eleição de outros paradigmas (abandonando-se aqueles próprios da modernidade, quando necessário), o que pode assegurar sua sobrevivência com um papel e perfil compatíveis com os problemas da pós-modernidade. Nesta linha, Stratenwerth propõe mesmo o abandono da função de proteção ao bem jurídico, noção que deve ser substituída pela de proteção de “relações ou contextos de vida enquanto tais⁷⁵”.

Parte da doutrina entende, ainda, que o Direito Penal não deve buscar a expansão ao preço de sua gradual perda de forma e identidade, devendo reservar-se ao trato de lesões e ameaça de lesões a bens jurídicos individuais. Argumenta-se que as exigências de flexibilização contribuirão para sua “funcionalização” e que a tendência é que se torne um simples instrumento de pacificação dos temores coletivos, fazendo desaparecer as fronteiras, finalmente, entre Direito Penal e Direito Administrativo. Silva Sanchez⁷⁶ adverte que, “em razão de causas mais complexas que uma espécie de perversidade estatal”, não é incomum que se enfatize o aspecto simbólico do Direito Penal como instrumento de resolução de conflitos sociais, ao invés de se buscar a sua efetiva solução. Sua extensão desmedida pode tornar-se, desta forma, mero instrumento de transferência de responsabilidades e de criação

⁷³ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal*, op. cit., p. 125.

⁷⁴ Id., *Ibid.*, p. 55.

⁷⁵ Apud FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização...*, op. cit., p.81.

⁷⁶ Id., *Ibid.*, p. 19.

de aparências: de segurança, de um estado presente e atento e de estabilidade do sistema, entre outras.

Para Hassemer⁷⁷, o Direito Penal não tem aptidão nem foi predestinado a tratar dos bens jurídicos transindividuais. Esta tarefa caberia ao chamado Direito de Intervenção, por ele proposto: um Direito menos garantístico em termos materiais e processuais e com sanções menos intensas do que as existentes no Direito Penal tradicional. Os bens jurídicos individuais ficariam tutelados pelo Direito Penal, ainda assim ocorrendo uma expressiva descriminalização de condutas, enquanto os bens jurídicos universais seriam geridos por esse novo Direito que se situaria entre o Direito Penal clássico e o Direito administrativo sancionador e estaria mais orientado para a prevenção do que para a reprovação pessoal e para a imposição de penas privativas de liberdade.

Nesse ponto, deve-se fazer, com Figueiredo Dias⁷⁸, a seguinte indagação sobre tal posição: seria possível aceitar que, mesmo sabendo dos riscos que pesam sobre as gerações futuras, um ramo do direito, seja a que título for, se desinteresse sobre a sorte dessas gerações, quando toda a humanidade deve-se tornar sujeito comum da responsabilidade pela vida?

A proposta do autor da Escola de Frankfurt opera no sentido de se manter a integridade do Direito Penal e suas garantias, mas também de tolerar que, em outro espaço jurídico, tais garantias sejam enfraquecidas, como se o ordenamento jurídico não fosse único. Contra a idéia de que a menor gravidade e estigma do Direito Administrativo permitem essa flexibilização, insurge-se a natureza dos bens jurídicos ofendidos, cuja importância reclama, realmente, a sanção penal. Ocorreria, na hipótese, o que Figueiredo Dias⁷⁹ chamou de “burla de etiquetas”, pondo-se em “pernas para o ar” o princípio jurídico da subsidiariedade.

É de se concordar, desta forma, que o Direito Penal não pode se manter desatento ao perfil da sociedade de risco pós-industrial e a suas exigências de tutela dos novos interesses emergentes. Não é desejável, porém que se afaste de sua

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lè Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita. *Passim*.

⁷⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. ..., op. cit., p. 49.

⁷⁹ Id., *Ibid.*, p.50.

vertente liberal, abandonando os princípios que lhe dão essa feição e são reconhecidos pelos Estados Democráticos de Direito dos quais se destaca, o a exclusiva proteção a bem jurídicos, embora alguns destes possam ter uma feição diferente daqueles tutelados pelo Estado liberal democrático.

Tomando o bem jurídico como matriz para reflexão, é indiscutível que certas formas de atentados tornados possíveis pela biotecnologia devem ser tratadas pelo Direito Penal porque, em muitas situações, o que se busca evitar é própria destruição do patrimônio genético da humanidade, tal como hoje se conhece. Assim, a questão do bem jurídico assume centralidade na discussão sobre o papel do Direito Penal nas sociedades de risco, já que a missão do Direito Penal consiste em realizar a sua tutela. Considere-se que, apesar de reinar grande controvérsia, sobre o conceito de bem jurídico, não se nega que se trata de bens ou valores considerados imprescindíveis para a existência comum e, por isso, merecedores da mais intensa tutela jurídica, ou seja, da proteção penal.

A idéia de que o bem jurídico deve consistir em uma noção palpável ou, ao menos, substancialmente identificável, decorre da necessidade de dotar o Direito Penal de mais garantias, evitando-se a tipificação de condutas que consistam em mera desobediência ao comando da norma, o que não significa desconhecer, como diz o mesmo Régis Prado⁸⁰, que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. De qualquer sorte, ele não pode ser confundido com a *ratio legis* e há de ter um sentido social prévio à própria norma, evitando-se, também, formulações cada vez mais fluidas e abstratas⁸¹ como recurso para burlar o princípio da efetiva proteção e dar a impressão de um Estado que se faz presente, mesmo quando esta presença dependa de um programa político consistente e não de normas meramente apaziguadoras⁸².

No que tange aos bens jurídicos que podem ser atingidos pela tecnociência, há um freqüente apelo para expressões como dignidade da pessoa

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2001. p. 54.

⁸¹ Vide a respeito do tema CABRAL, Juliana Diniz. *Os tipos de perigo e a Pós-Modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. 2003. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003. Xerocopiada.

⁸² Cf. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico – penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. *Passim*.

humana, que não deve constituir um bem jurídico em si mesmo, já que é o fim de todo sistema jurídico e, por sua amplitude, pode justificar qualquer incriminação. É possível identificar, todavia, valores culturais que até podem ter surgido como o resultado da apreensão humana com relação ao caminhar da ciência, mas que, nem por isso, deixam de se revelar como necessidades humanas carentes de proteção.

O impacto produzido pela biotecnologia no Direito Criminal impõe, como se vê, reflexões criteriosas para que, nem se deixe de atender à demanda social de tutela, identificando-se então os bens jurídicos que se deseja proteger, nem se exacerbe essa proteção de forma a tentar obstar o desenvolvimento da ciência ou impedir o curso da trajetória da humanidade. A intervenção do Direito no campo da biotecnologia deve-se fazer de forma a preservar a liberdade científica e, ao mesmo tempo, proteger o ser humano dos excessos possíveis nessa área. Trata-se de uma convocação importante para disciplinar situações que são, nesse instante, consideradas essenciais para a própria existência da espécie humana. Essa disciplina, feita através da descrição legal dos tipos, vai possibilitar, de outro lado, uma definição da área de licitude na qual poderão ser exercitadas as atividades científicas. É bem verdade que muitos dos tipos construídos constituem crimes de perigo o que, caso amplie a noção de lesividade, permite uma intervenção mais direta na fonte geradora de ameaça.

Tratando de Direito Penal, cuja legitimação está subordinada aos limites impostos constitucionalmente e, portanto, aos princípios da estrita legalidade e ao da certeza ou determinação (taxatividade), ocorre outra dificuldade na construção desta tutela secundária, que consiste no recurso a fórmulas lingüísticas plurívocas, como se verá adiante, e a outras restritas ao domínio técnico científico.

Título II – O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA VIDA E DA MORTE

Capítulo III - OS CONCEITOS JURÍDICOS EM FACE DA TRANSITORIEDADE DOS ACHADOS CIENTÍFICOS

3.1 A interferência da biotecnologia nos conceitos jurídicos

As dificuldades anteriormente referidas atingem outros ramos do Direito e, no que tange à questão do risco nas sociedades pós-modernas, não se trata de problema exclusivamente relacionado ao tema da biotecnologia, mas sim a todas as formas de atuar humano, que são fortemente potencializadas pelos avanços da tecnologia em geral. Ou, de outra forma, as conquistas tecnológicas, ao otimizar as formas de intervenção da atuação humana, ampliaram correspondentemente as possibilidades de causação de dano à vida humana em seus diversos aspectos.

Uma ordem de questões afeta, muito particularmente, o Direito Penal, em seu arsenal teórico-conceitual: a inexistência de estabilidade na definição dos fenômenos, repercutindo no tratamento que lhe venha a ser dispensado pela norma. Se, no campo dos valores, existem obstáculos expressivos para o consenso normativo, no campo fenomênico, no qual a norma pode buscar dados que lhe dêem substância, os problemas também são inúmeros. O ritmo com que as descobertas ocorrem, aos saltos, impede a fixação de conceitos precisos, o que se afigura essencial para que a tutela penal da vida seja feita com segurança. Isto sucede porque, no plano cognitivo, onde acontecem os fenômenos, confirma-se o postulado da provisoriabilidade do conhecimento, que é constantemente superado.

Os novos fatos científicos afetam, assim, certos conceitos, centrais para o direito, como o de vida e o de morte (a oposição que, afinal, lhe dá sentido), que são

cada vez mais estipulados a partir de convenções nas quais não existe um consenso sobre os atributos do fenômeno que se designa. Ou seja, os signos desvinculam-se dos seus significados porque nem sequer com relação a estes tem sido possível fixar os requisitos de designação.

O progresso científico e a crescente disponibilização de recursos de intervenção na vida, seja em sua geração, seja na sua manutenção, tornam cada vez mais fluidas as fronteiras entre vida e morte. Fala-se em subhumanidade, categoria na qual se insere o anencéfalo, em pré-embrião, em humano em potencial, em morte técnica, expressões que merecem, antes de serem juridicamente firmadas, uma incursão pela biologia, filosofia da biologia, medicina, ética e pelas outras áreas do conhecimento que têm mantido uma interlocução fecunda através da Bioética.

No que diz respeito à vida humana, bem jurídico em torno do qual gravitam os demais, há, por exemplo, uma série de questões não respondidas e que são essenciais para fixar sua definição. O Direito tutela a vida humana, mas o que é vida, quando começa, quando acaba? Seu significado equivale ao de pessoa?

A resposta a perguntas dessa natureza, formuladas com freqüência nos tempos de engenharia genética e de suportes artificiais de vida, não é simples, porque a pós-modernidade dispensa concretizações, já que elas serão, de qualquer sorte, rapidamente superadas. A fluidez, aliás, é forte característica da sociedade global, podendo-se afirmar que esta volatilidade impede que o mundo cultural guarde referência, ou, pelo menos, referência precisa com a realidade fenomênica. No que tange aos conceitos, como entende Jacinto Coutinho⁸³, “ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida...”.

À primeira vista, quando se trata de um enunciado prescritivo, parece ser desejável que os conceitos a que eles se referem fossem os mesmos conceitos cognitivos, que os saberes de natureza científica revelam. Ocorre, no entanto, que há razões pelas quais isto nem sempre pode ser assim, ou nem sempre deve ser assim. Vale dizer: os conceitos normativos não são necessariamente idênticos aos conceitos cognitivos, que têm como referentes os mesmos objetos ou situações. Disto resulta que, entre os conceitos normativos e os conceitos cognitivos que

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-56. p. 6.

tenham o mesmo referente, possa haver total identidade, identidade parcial, similaridade meramente formal ou completa desconexão.

A recepção integral de conceitos cognitivos pela norma jurídica poderia conferir essa precisão, se esses conceitos estiverem formulados de maneira inequívoca, o que nem sempre é o caso, quando se trata da vanguarda do conhecimento. Não se pode negar, todavia, que a agregação de elementos das ciências naturais dá, ao direito, certa concretude e permite maior aproximação entre o mundo jurídico e a realidade não jurídica, sem que isso represente seu atrelamento aos conceitos cognitivos. Na verdade, como diz Juarez Cirino dos Santos⁸⁴, “a lei penal não pode desconhecer estruturas ontológicas independentes do direito”. A liberdade de estipulação, por seu turno, traz consigo uma responsabilidade e, ao mesmo tempo, um risco: o de que não sejamos compreendidos se não houvermos estabelecido regras em comum para o uso de uma expressão.

Ademais, persiste a questão da conveniência de uma recepção integral, em face da própria natureza imputativa do fenômeno jurídico e dos fins que o Direito persegue. É possível que os fins buscados pela norma tenham em vista interesses que se repute socialmente relevantes, e cujo atendimento conflite com a pura e simples recepção do conceito cognitivo. Nesses casos, pode-se assistir a uma reelaboração dos conceitos com variados graus de consciência e expressa intencionalidade, de modo a permitir que a norma chegue a compatibilizar-se com os interesses sociais em tela.

Sabe-se que os dados do sistema penal estão orientados para que este possa alcançar seus fins e, por isso, a construção dos conceitos está comprometida, sobretudo, com a idéia de justiça. Assim, quando se transformam em fatos jurídicos, os fatos sociais ganham um sentido especial porque lhes é conferida uma forte carga axiológica. A valoração consiste exatamente no juízo feito sobre a importância que lhe é outorgada pelo grupo social, numa determinada cultura. Deve-se salientar, porém, que, embora o terreno da linguagem seja mais fértil que o da realidade, esta não tem que se sujeitar aos caprichos daquela ou da imaginação humana, ou seja, o

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 7.

fato de o homem convencionar ou nomear entes e entidades não lhe confere o poder de ignorar o plano das coisas⁸⁵.

Por isso mesmo, o Direito busca raízes na realidade, na qual vai afinal intervir e estabelece, assim, um compromisso entre o que é (entre o que nos é imposto pela realidade) e o que deseja ser. Esse voluntarismo não se confunde com arbitrariedade, porque, também nessas questões, o Direito deve sopesar os dados que lhe são oferecidos pelo social, pelo político, pelo ético, sendo também capaz “de considerar a qualquer momento os últimos conhecimentos da pesquisa empírica”⁸⁶. Em razão desse compromisso, como diz Régis Prado⁸⁷, os conceitos são normativos e não normativistas, como seriam na hipótese de não estabelecerem qualquer vínculo com a realidade.

Com vistas a fortalecer esta conexão é que se propõe que os conceitos sejam configurados, sempre que possível, a partir do mundo fenomênico, dispensando-se a necessária atenção à natureza das coisas a fim de conhecê-las, para então lhes atribuir um significado.

Essa compreensão induz uma incursão ao mundo dos fenômenos, com o objetivo, portanto, de construir conceitos tanto quanto possível substancializados, porque consentâneos com a realidade.

3.2 Em busca de um conceito de vida

Do ponto de vista biológico, definir o que seja vida é uma questão complexa mesmo para os cientistas. Quando foi anunciado, no ano 2000, o seqüenciamento do genoma, o Instituto de Pesquisa Genômica deu início a um novo projeto, com o objetivo de descobrir quantos genes são necessários para produzir um organismo e, quem sabe, construí-lo, a partir do genoma mínimo (o menor conjunto de genes que permite a reprodução de um organismo em determinado ambiente). Os experimentos, nas palavras de Arthur Caplan, visam saber o que é

⁸⁵ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. p.41.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Versión al español por Diego Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. v. 1. p. 251.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 298.

vida já que, apenas em certo sentido, significa alguma coisa capaz de metabolizar e de se reproduzir, mas que, sob outro ponto de vista, é muito mais do que isso.

Recentemente, Daniel Koshland Junior⁸⁸, bioquímico da Universidade Berkeley, com boa repercussão, tratou de definir vida sustentando-a em funções às quais chamou de sete pilares.

Em artigo publicado na revista *Science et Medicine*, em sua edição do dia 22 de março de 2002, e no jornal *Le Figaro*, o referido autor afirma que, embora estejamos convencidos de que sabemos o que seja vida, a resposta não é simples, embora seja cada vez mais necessário, em face das busca de vida em outros planetas e da geração de vida em sistemas artificiais, procurar traçar as características de um sistema vivo.

Como anteriormente dito, essas características são chamadas de pilares da vida, princípios essenciais ao funcionamento de um sistema vivo em energia e de movimento. Refere-se, o autor, aos sete pilares cuja abordagem bem reflete a complexidade que existe na definição do substrato material vida.

O primeiro pilar trata de um programa organizado que, no planeta, é efetivado pelo ADN que codifica os genes e permite que sejam reproduzidos de geração em geração, com pequenas alterações que não afetam o plano geral.

O segundo pilar é a improvisação, que proporciona um ajustamento a mudanças ambientais às quais o organismo, pequena parcela do universo global, será exposto. Esta exposição vai tornar o programa menos eficaz; a improvisação é, portanto, a capacidade de modificação que permite sua sobrevivência.

O enclausuramento pelo qual todos os organismos vivos são confinados em volume limitado e envolvidos por uma superfície que se chama membrana ou pele, que mantém os ingredientes dentro de proporções definidas e impede que sejam atacados por elementos exteriores, constitui o terceiro pilar.

O quarto pilar é a capacidade, enquanto sistema aberto, de receber as energias de fontes exteriores, como o sol, por exemplo, e transformá-la em combustível para o organismo.

⁸⁸ KOSHLAND JUNIOR, Daniel. Les sept pilliers de la vie. *Sciences et Médecine*, Paris, p. 15, 22 maio 2002 ; KOSHLAND JUNIOR, Daniel. Les sept pilliers de la vie. *Le Figaro*, Paris, p.12, 24 mars 2002.

O quinto pilar é a regeneração que equilibra os constantes reajustes a que os organismos têm que se submeter, compensando as perdas sofridas. Este é um processo no qual o organismo se vale dele mesmo para se recompor capacidade que diminui com o passar dos tempos; é o que se chama envelhecimento.

Trata ainda de adaptabilidade, que se faz pela retroação, atributo que impede a repetição de experiências dolorosas.

O sétimo pilar é o isolamento, que se faz necessário para um sistema metabólico, no qual se produzem múltiplas reações ao mesmo tempo, impedindo que os agentes químicos de um processo reativo sejam metabolizados pelos catalisadores de outra reação. Nosso sistema se utiliza, para esse fim, de uma propriedade fundamental da vida, a especificidade das enzimas, que só atuam sobre as moléculas pelas quais elas são reconhecidas e não são perturbadas pelas moléculas das diversas outras reações.

O autor conclui afirmando que a capacidade de adaptação pode ser melhorada, mas que isso implicaria a perda da improvisação já que morte e nascimento permitem a deflagração deste processo (através da mutação do DNA), que constitui um dos pilares da vida.

Ainda que, com esse dados, possa ser alcançada uma compreensão dos elementos essenciais do conceito em exame, isto não exaure as questões relativas à vida humana, porque, sendo esta um estado, quando posto em relação a um indivíduo, ela tem começo e fim (característica que permite a determinação da individualidade). Desta forma, apenas enquanto existe com relação a um ser específico, é que se constitui em objeto de tutela penal. Surge, assim, nova necessidade, a de precisar seu início e fim.

Quando começa a vida, com a fecundação, com o anidamento, com a instalação da alma ou do sulco primitivo?

Podem-se apontar pelo menos 12 critérios de identificação do início da existência de uma pessoa humana, com base em argumentos que variam desde a convicção de que basta a presença de um único código de DNA para transformar um ovo em uma pessoa humana em formação, até outros, menos científicos, que são centrados na aparência de humanidade, o que só ocorreria por volta dos três meses.

Propõem os bioeticistas que, antes de se lidar satisfatoriamente com tais indagações, é necessário que se tenha respondido a outras: quais sejam, as que se

referem a indivíduo e a indivíduo humano⁸⁹, noções que antecedem a uma outra, a de pessoa.

A atribuição de uma consequência jurídica aos atos praticados sobre o produto da concepção humana, desta forma, faz-se preceder de uma investigação sobre sua natureza; ele é uma pessoa ou uma simples materialidade biológica, um conglomerado de células, uma substância humana ainda não individuada?

Trafegar pelo argumento biológico, como disse João Carlos Loureiro⁹⁰, tem um papel relevante em temas de Bioética, uma vez que é o único capaz de responder se estamos perante um ser que pertence à espécie humana ou não, distinção que seria desnecessária, caso se defendesse uma paridade axiológica dos seres vivos.

O Conselho da Europa⁹¹ antecipou-se nessa orientação, recomendando, no que tange ao embrião, a necessidade de definir-se seu *status* jurídico previamente à regulamentação das práticas que se fazem sobre ele. Desde 1982, na verdade, a Assembléia Parlamentar da Europa manifesta essa inquietude com a precisão normativa e conceitual, buscando estabelecer, através de convenção, um acordo sobre o uso das técnicas de engenharia genética, a partir dessa deliberação.

Vincent Bourguet⁹² diz que a resposta à pergunta acima formulada implica conhecer o zigoto no mundo dos fenômenos e constatar sua individualidade em geral e também biológica.

A idéia de individuação no mundo real assenta-se em dois pressupostos - distinção e autonomia - que significam, respectivamente, ser destacado do todo, reconhecível, e manter organizada, em unidade, a pluralidade de elementos que lhe compõem, a despeito do transcurso de tempo. Há, porém, os que definem como indivíduo o que não é dividido em si, o que é verdadeiramente uno⁹³ e, portanto,

⁸⁹ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões Bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola. 2002. p. 49 e ss; p. 109 e ss. O trabalho foi apresentado como tese de doutorado na Universidade de Marne-la-Vallé, em janeiro de 1996.

⁹⁰ LOUREIRO, João Carlos. Protocolo Adicional: comentários finais. In: *DIREITOS do homem e biomedicina*. Porto: Instituto de Bioética da Universidade Católica do Porto. 2003. p. 171-203.

⁹¹ Vide recomendação 1.046, de 1986. Em 1997, após diversos projetos, foi assinada a Convenção Européia de Bioética e dos Direitos Humanos.

⁹² BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação*. São Paulo: Loyola, 2002. (p.18).

⁹³ Cf. BOURGUET. *O ser em gestação*, op. cit., p.23, quando se refere ao conceito de G.W. Leibniz.

insuscetível de decomposição. A moderna ciência mostra, porém, que é possível que esta unidade não exista porque, além de uma célula, estão as moléculas, além destas, os átomos, os elétrons, aquém dos quais está uma quantidade aparentemente contínua e não quantificada, a energia. Um indivíduo, como tal entendido como o exemplar de uma espécie, orgânica ou não, pode ser composto e, ainda assim, constituir uma unidade, porque esta se estabelece à medida que partes, mesmo diferentes, mantêm tal relação entre si, de modo a constituir um todo. A organização, desse modo, é o segredo da singularidade e esta se dá de tal forma, que os elementos que compõem o todo são funcionalizados, isto é, postos a seu serviço, tal como ocorre com um tecido ou parte do corpo.

A compreensão da individualidade dos seres vivos é mais complexa e, sendo assim, impõe-se que a ela se somem outros “motivos” específicos, dos quais o principal é certa maneira de ser no tempo⁹⁴. O ser vivo ganha sua individualidade a partir de um processo, o de individuação, sendo impossível determinar um início exato de sua existência, porque ele não surge por geração espontânea. Dessa forma, destaca-se a continuidade como uma característica essencial do ser vivo, que, embora lhe seja fundamental, é preciso encontrar um limite temporal – começo e fim –, de forma a se poder assinalar a própria existência de uma individualidade (singularidade).

A noção de continuidade e a dificuldade de identificar o começo de um ser vivo, que decorre do processo de reprodução sexuada, dificultam, de certa forma, sua distinção em relação ao que veio antes. Uma vez, porém, que surge com forma diferenciada dos seus genitores e se constitui em alteridade com relação a estes, que continuam a existir, o ser vivo tem o seu começo determinado e, por tanto, identificável. É bem verdade que, no curso desse processo, como explicam alguns, o novo ser vivo apresenta-se dotado de características próprias, mas é exatamente essa distinção que lhe marca a individualidade, que o faz singular.

No que diz respeito à espécie humana, essa forma de reprodução, em que as etapas se sobrepõem e se concatenam, permite que alguns entendam que o embrião não passa de óvulo ativado, reduzindo a geração a uma alteração, por não ser possível identificar, com segurança, um “início absoluto no tempo”⁹⁵. Bourguet

⁹⁴ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação*, op. cit., p. 27 e ss.

⁹⁵ Id., *Ibid*, p. 32.

mostra o equívoco dessa compreensão, na medida em que se toma, como modelo da individualização do ser vivo, o que ocorre na geração de seres unicelulares (uma bactéria, por exemplo, não morre, ela se passa inteira para os descendentes que, em suma, são ela mesma). A “reprodução sexuada não gera nem um outro absoluto nem o mesmo absoluto. Por meio dela, os seres gerados são outros em relação aos genitores: eles começam a ser em um dado momento de tempo”⁹⁶. Essas propriedades permitem que se possa identificar a formação de uma singularidade no ser humano, muito antes do seu nascimento.

Todavia, ainda que se admita que o ser humano, no processo de desenvolvimento intra-uterino, seja como pré-embrião (denominação que alguns atribuem aos embriões nos primeiros estágios de desenvolvimento, como se verá no capítulo subsequente), embrião ou feto, constitui uma individualidade que integra a espécie humana, persistem outras exigências para que a tutela penal lhes seja prestada de forma absoluta, como ao adulto, ou seja, exige-se que seja pessoa.

Elucidar, no entanto, o sentido e alcance dos termos pessoa e ser humano, demanda, segundo Maria do Céu Patrão Neves⁹⁷, a participação da filosofia, já que à biologia compete apenas dar a noção de vida. Por isso, a autora atribui à expressão pessoa o sentido de ser humano capaz de consciência de si mesmo, e, conseqüentemente, do mundo onde se insere. Ser pessoa, em suas palavras consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio.

Tal posição, como se vê, reflete um juízo que se sustenta em um valor, num julgamento que pode ser distinto do de outros autores, já que a matéria ainda não dispõe de elementos suficientes para o estabelecimento de conceito unânime. Nesse aspecto, a título de exemplo, deve-se lembrar que a expressão pessoa, do grego *prósopon*, já foi definida, nas teorias cristãs, como a singularização da criação de Deus.

⁹⁶ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação*, op. cit., p. 30.

⁹⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luis, BISCAIA, Jorge e OSSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996. p.175-183.

3.3 Conceito de vida no plano jurídico

A vida, no plano jurídico, é considerada como Direito básico cuja tutela é a própria razão de ser do direito, já que constitui condição essencial para a existência dos demais. A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito à vida, assegura sua intangibilidade. Costuma-se afirmar que este é um direito absoluto que compreende o direito do titular à própria vida (e não sobre a própria vida), o dever do Estado de protegê-la – dever geral de abstenção dirigido a todos, *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado – de atos contrários ao Direito que possam causar-lhe dano.

A expressão “atos contrários ao direito” sugere de logo a possibilidade de realização, no plano material, de condutas que atinjam a vida sem que a ordem jurídica as considere como violação à proteção que oferece. Assim ocorre com a pena de morte, cuja aceitação dar-se-ia no atendimento a um interesse superior, o da realização de justiça e em relação a certos ataques contra a vida, como na legítima defesa. Almeida Costa⁹⁸ entende que, quando a Constituição de Portugal, por exemplo, refere-se à inviolabilidade da vida, quis dar-lhe um significado “tendencial e sensibilizador”, obrigando o legislador infraconstitucional a uma proteção “intensificada” da vida porque este é o direito prioritário da pessoa. A expressão teria, assim, uma função hermenêutica, obrigando o intérprete a, em caso de conflito de bens, dar prevalência à vida.

A intangibilidade da vida deve ser entendida de forma relativa, porque, algumas vezes, há uma tolerância quanto a certos ataques que ela sofre, seja por motivos de política criminal, seja em razão de incertezas de natureza científica e axiológica. Por isso mesmo, algumas ofensas que lhe são dirigidas nem sequer são criminalizadas, sendo exemplo tradicional o suicídio e, mais recentemente, o descarte de embriões, a redução embrionária e o aborto de anencéfalos. Neste último caso, a destruição é permitida, casuisticamente, através de alvarás, em razão da fundamentação que lhe é dada, ou seja, de que não há vida.

⁹⁸ COSTA. A. M. Almeida. Abortamento provocado. In: ARCHER, Luis, BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo. p. 201-218. p. 179.

Gisele Carvalho⁹⁹ lembra ademais que a própria legislação penal distingue espécies de vida, quando dispensa, à vida independente, uma tutela mais severa (homicídio) do que aquela dispensada à dependente (aborto).

Essas indulgências denotam uma relativização do direito à vida como direito absoluto, em favor de outros valores.

Nilo Batista¹⁰⁰, comentando o artigo 15 novo Código Civil, (que dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”), entende que o consentimento informado do paciente assume um papel indispensável nas intervenções médico-cirúrgicas, ainda que o paciente esteja em situação que possa configurar estado de necessidade. Interpreta o artigo 15 da Lei Civil, estabelecendo um paralelo com o artigo 146, § 3º, inciso I do Código Penal, que permite o tratamento médico arbitrário, em situação de estado de necessidade, ou seja, quando há perigo de vida, ainda que o paciente não possa manifestar a vontade (quer dizer, exclui do crime de constrangimento ilegal a intervenção médica realizada para salvar a vida de iminente perigo).

O autor problematiza a questão, com duas colocações inquietantes: a primeira diz respeito à dificuldade em distinguir perigo de vida anterior à intervenção, a que se refere o artigo 146 do Código Penal, do perigo que resulte da mesma intervenção conforme o art. 15 Código Civil, uma vez que, comumente, a primeira situação concorre para a posterior. A segunda questão propõe uma reflexão sobre a licitude daquelas situações nas quais, mesmo havendo estado necessitado, ocorre oposição capaz do paciente. Com isso, introduz tese sobre a existência de dispositivo no Direito brasileiro que, expressamente, autoriza o titular do Direito a decidir ou não sobre a manutenção da vida, sobretudo em situações em que seu prolongamento implique grande sofrimento e atinja o direito de morrer com dignidade.

De qualquer sorte, já há algum tempo, Nelson Hungria¹⁰¹, ao comentar o mesmo artigo 146, afirma que a intervenção arbitrária deve-se apresentar como

⁹⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001. p. 101.

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. O Novo Código Civil e Direito Penal: uma carta e onze questões, *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, p. 6-7, jun. 2003. p. 6.

¹⁰¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6. p.178-179.

necessária, urgente e inevitável para salvar a vida do paciente, somente assim dispensando o seu consentimento. “Não é suficiente, diz o autor, a existência de uma possibilidade mediata do evento letal [...] o tratamento é desautorizado mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”. A vontade do paciente foi sempre tomada em consideração mesmo antes de se pôr em relevo, especialmente através dos bioeticistas, a importância do consentimento para as intervenções médico-cirúrgicas, embora não ostentasse a importância que hoje a ele se atribui. Nelson Hungria, como se viu, restringia seu valor às situações em que a morte não fosse iminente. Em caso de intervenções que tivessem em vista evitar a morte em horizonte temporal não imediato, ainda que de curto prazo, a recusa do paciente não afastava a arbitrariedade da intervenção, que passaria a constituir o tipo do artigo 146.

A liberdade e a autonomia do indivíduo, como se pode constatar, são idéias cujo valor passou a se afirmar sobre o da existência, em seu aspecto puramente biológico.

Na verdade, pode-se dizer, não só que se tem dado uma especial ênfase a outros aspectos da vida, como ao instrumental (o quanto ela pode ser socialmente útil), seu valor subjetivo (o quanto ela vale para seu titular, se ele quer estar vivo), mas também que outros valores, assim como o da dignidade, têm contribuído, não apenas para a relativização do conceito de vida, como Direito absoluto, como para o estabelecimento de conexões entre morte e capacidade para vida relacional.

3.4 Conceito de morte

À dificuldade para a exata definição de vida e seu começo, corresponde à do momento de seu fim e, portanto, da ocorrência de morte. Definir a morte significa poder diagnosticá-la, o que, segundo neurologistas, constitui um problema tão antigo quanto à própria humanidade e que tem variado no curso histórico. A concepção teológica que se tem do mundo, o conhecimento científico e sua democratização são elementos que contribuem para a construção dos diferentes conceitos. Ricardo

Tablada¹⁰², neurocirurgião cubano, diz que definir uma pessoa como morta pressupõe que não exista tratamento médico possível para rever a cessação da vida. Já se vê que tal conceito é informado por elementos políticos e econômicos e que, assim, o que seja morte, nesta perspectiva, pode variar conforme os recursos de cada Estado e, até mesmo, os de cada cidadão. De qualquer sorte, a introdução, na prática clínica, das manobras de reanimação cardiopulmonar e a possibilidade de manter aquelas funções com equipamento de suporte, obrigaram a reconstrução do conceito de morte.

Até a década de 60, a cessação das funções do coração e dos pulmões constituía o critério aceito para indicar o fim da vida. Hélio Gomes¹⁰³ reconhecia que esses sinais eram insatisfatórios e incompletos, mas, por falta de conhecimentos científicos, os problemas de identificação da morte e os éticos, quanto aos suportes devidos para a manutenção da vida, eram menos inquietantes. A morte era definida em razão de algumas de suas conseqüências, os chamados sinais de morte, uns tidos como duvidosos, outros, como prováveis e alguns como certos: apertamento da pele, mancha verde abdominal, parada completa e prolongada da circulação.

A partir do momento em que surgiram as possibilidades de manutenção dos batimentos cardíacos, com os recursos proporcionados pela moderna tecnologia (inclusive aparelhos para circulação extracorpórea, respiradores artificiais, entre outros), distinguiu-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca e respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte cerebral (paralisação das funções cerebrais). Hoje, mais propriamente, fala-se de morte encefálica, que consiste em cessação irreversível das funções do encéfalo, ou seja, dos hemisférios cerebrais, do tronco encefálico e do cerebelo.

Desde que se avançou para o conceito de morte encefálica, vários critérios diagnósticos foram estabelecidos, variando de um para outro país. No sentido geral, aceitam-se os seguintes indicadores: a) coma profundo, sem nenhum tipo de resposta; b) lesão irreversível e irreparável do encéfalo, ausência de reflexos integrados no tronco encefálico; c) prova de atropia negativa; e) apnéia comprovada;

¹⁰² HODELÍN-TABLADA, Ricardo. Morte encefálica: novos aspectos na discussão. *Cadernos de Bioética*, Coimbra, ano 11, n. 25, p. 95-109, abril. 2001. p. 104.

¹⁰³ GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978. p. 604.

f) eletroencefalograma; g) período de observação. Não bastasse a complexidade dos meios para aferição da morte, há que se notar a quantidade de adjetivos utilizados para qualificar cada um dos indicadores – coma profundo, lesão irreparável –, o que denota a dificuldade de estabelecimento de um critério uniforme e simples. Existem, na realidade, diversos protocolos convencionados para a constatação do fim da vida e, ainda quando haja consenso quanto às funções, sinais e procedimentos a serem constatados, há divergência quanto à forma de interpretação desses dados.

A interpretação do EEG plano – sem sinais de atividade cerebral -, por exemplo, enseja várias opiniões: alguns defendem a necessidade de um silêncio elétrico cerebral para diagnosticar a morte encefálica, outros incluem este aspecto no quinto lugar (Comitê de Harvard) e outros, ainda, como na Grã-Bretanha, dispensam o uso de EEG para inferir a morte de encéfalo.

O diagnóstico de morte encefálica fundamenta-se exclusivamente na avaliação das funções neurológicas dependentes da atividade elétrica das células nervosas: consciência, reflexos cefálicos e controle respiratório. Dessa forma, alerta Cícero Galli Coimbra¹⁰⁴ que, se a pressão no interior do crânio de um paciente alcançar níveis capazes de reduzir a circulação encefálica global para um valor entre 17 e 60% do nível normal, ele poderá ser erradamente identificado como se encontrando em estado de morte encefálica. No entanto, é possível que seu estado clínico não satisfaça os critérios correntes para tanto. O mesmo autor sugere que a decisão de transição do critério que só considerava a morte instalada por ocasião da parada definitiva da função cardiorrespiratória, para o de morte encefálica, foi redefinido por uma empresa privada nos Estados Unidos, apressadamente, em plena euforia dos primeiros transplantes cardíacos¹⁰⁵.

A morte encefálica tem outras repercussões no direito: já se conseguiu¹⁰⁶ diagnóstico de fetos com ME. Seria aborto sua expulsão provocada?

¹⁰⁴ COIMBRA, Cícero Galli *Morte encefálica: repercussão internacional das discussões no Brasil sobre a validade dos critérios diagnósticos para a identificação da morte encefálica*. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/dneuro/morteencefalica.htm>>. Acesso em: 10 out. 2003.

¹⁰⁵ COIMBRA, Cícero Galli. *Morte encefálica...* op. cit.

¹⁰⁶ Cf. HODELÍN-TABLADA, Ricardo. *Morte Encefálica...* op. cit., p.104.

Pode-se ver que, apesar de todos os recursos técnicos disponíveis, e da existência de exames apurados, existe uma dificuldade em precisar, mesmo com recursos da medicina, o momento da morte: a maioria dos critérios propostos reclama, ao final, a divisão da responsabilidade do pronunciamento da morte com outros profissionais médicos, sobretudo quando é preciso uma conclusão suficientemente ágil para permitir transplantes.

Os limites entre vida e morte, graças aos suportes biotecnológicos, tornaram-se tão fluidos que, como lembra Maria Elisa Villas-Bôas¹⁰⁷, é difícil para um leigo perceber a diferença entre um morto encefálico, que tem batimentos cardíacos, movimentos torácicos similares aos de quem tem respiração espontânea (porque mantidos por ventilação mecânica) e o “paciente em coma ou em estado vegetativo persistente, ou ainda o paciente terminal permanentemente sedado e mantido por aquela mesma aparelhagem. A aproximação dos estados de vida e de morte é tal que a distinção parece ter-se tornado meramente convencional”. De outro lado, não é incomum que sejam encontrados nas UTIs pacientes com morte encefálica mantidos com atividade cardiorrespiratória, enquanto aguardam um diagnóstico definitivo de morte, ou que lhe sejam retirados os órgãos para transplantes.

Enfim, pode-se constatar que o recurso às ciências biológicas, embora empreste subsídios que possam orientar a definição de morte, não disponibiliza sempre informações que permitam ao Direito a formulação de critério seguro para o reconhecimento do estado morte o que, por via de consequência, vai produzir reflexos no conceito de vida. Se alguém cujo coração bate ritmicamente, respira, pode até concluir uma gestação, está morta e pode doar seus órgãos, quando é que uma pessoa está viva?

“Pode-se dizer que ser uma pessoa implica ter certa identidade, uma compreensão da vida e capacidade de actuar. Ser pessoa significa ter características próprias: personalidade, memória, sociabilidade, sentimentos”, diz o mesmo Ricardo Tablada¹⁰⁸. O autor, médico, enfatiza-se, empresta destaque aos atributos da expressão pessoa, minimizando o termo vida, este sim, com raízes mais

¹⁰⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa Silva. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. 2004. 278f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2004. Xerocopiada. p. 67.

¹⁰⁸ HOLDELÍN-TABLADA Ricardo. *Morte encefálica...*, op. cit. p. 103.

fortemente lançadas no terreno da medicina. Assim, a série de qualidades e pressupostos da vida por ele enunciados pode, seguramente, estar ausente em diversas enfermidades, sem que se seja capaz de negar a vida, mas talvez, distinguir uma vida biológica de outra íntegra. A qual delas o Direito Penal deve estender sua tutela como vida verdadeiramente humana?

O já citado Cícero Coimbra¹⁰⁹ alerta para o fato de que se pretende ampliar o conceito de morte encefálica, identificando-a com a *higher brain death*, ou seja, em outras palavras, fazê-lo coincidir com o conceito de personalidade.

Segundo essa nova corrente, como a idéia de personalidade encontra-se tradicionalmente ligada à atividade do córtex cerebral, pacientes em estado vegetativo persistente (portadores de lesão cortical difusa), bem como os chamados 'recém-nascidos anencefálicos' (que, na realidade, em geral, são apenas decorticados congenitamente, não anencefálicos de fato), deveriam tornar-se candidatos à doação de órgãos. Essa idéia ilustra como se tem progressivamente, banalizado o conceito de morte.

Tal critério, também chamado de essencialista, define a morte como a destruição do córtex cerebral, centro da consciência humana, provocando a perda irreversível dos atributos essenciais à pessoa humana.

Não se estranhará, portanto, nesse passo, se, pelo poder persuasivo, se vier a conceituar a morte como o fim de um ser humano, porque já não tenha condições de desempenhar as funções e papéis que lhe foram socialmente designados.

O direito, diante de tantas nuances, dispõe de duas alternativas: esperar por dados mais precisos e consensuados do mundo das ciências naturalistas antes de prescrever condutas, evitando, assim, transpor, para a norma, as suas incertezas, ou pode construir seus próprios conceitos, valendo-se de outros critérios para designar os seres que devem ser objeto de sua tutela jurídica, considerando os fins que deseja alcançar. Este é, aliás, um procedimento comum no ordenamento jurídico: para o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa com até doze anos de idade (para o Código Penal, são crianças, no sentido de presunção de inocência que as torna incorruptíveis, aquelas com até 14 anos); na mesma lei, a medida de abrigo, aplicada a crianças, não equivale à internação, aplicável a adolescentes, porque o legislador decidiu desta forma (conceito, portanto,

¹⁰⁹ COIMBRA. Cícero Galli. Morte Encefálica..., op. cit., p. 4.

normativista, fruto de um decisionismo que exclui as crianças das garantias asseguradas ao adolescente); para o Direito ambiental, florestas ciliares são permanentes, independentemente das espécies que a compõem; uma coletividade de pessoas pode ser apenas uma, a pessoa jurídica, e até mesmo praticar crimes.

Regis Prado¹¹⁰, a propósito do bem jurídico vida humana, esclarece que este não pode ser compreendido a partir de uma perspectiva estritamente físico-biológica ou puramente valorativa, já que, embora o Direito Penal deva determinar o conteúdo do bem jurídico vida humana, este deve guardar alguma consonância com a realidade naturalística que “constitui, inequivocamente, um limite para a valoração”. Ou, de outra forma, o Direito deve se mostrar apto a receber “todas as luzes possíveis que venham dos outros campos e ciências para os quais se deve-se abrir; e na medida do possível, todos devem estar preparados para trabalhar com abertura, de modo a que se opere interdisciplinarmente e, se for o caso, transdisciplinarmente”¹¹¹.

É desejável, portanto, que a norma possa guardar conformidade com o conceito cognitivo, o que impede a formulação de conceitos totalmente virtuais e aumenta as *chances* de sua efetividade e segurança. Como diz Roxin¹¹², “quanto menores os atritos entre o conceito e o objeto a que ele se refere, maiores são as possibilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto”.

Tais conceitos não devem, mesmo em atenção aos fins de justiça buscados pelo direito, desprezar o uso dos critérios que devem ser tomados em consideração para nomear uma classe de entidades. Assim, deve-se postular o estabelecimento de requisitos para classificar e designar um fenômeno como sendo morte ou como sendo vida e, com a fixação dessas propriedades, evitar a fragmentação e a perda de substância da realidade (também aqui compreendida como aquela a que se chegou pelo consenso possível), o que produz profundas repercussões na segurança jurídica.

¹¹⁰ PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 2. p. 44.

¹¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001b. p. 196.

¹¹² ROXIN, Klaus apud GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista IBCCrim*, São Paulo, n.32, p. 120-159, 2000. p. 138.

Os conceitos normativistas, ou seja, frutos do puro decisionismo do legislador podem conduzir a aplicação arbitrária – porque subjetiva – do direito. Quanto mais eles forem vinculados a referências empíricas e fáticas precisas, menor a margem de manobra do aplicador e, conseqüentemente, a possibilidade de decisões subjetivas. Em outras palavras, quanto maior a vinculação ao fenômeno empírico, maior a segurança jurídica.

Capítulo IV - AS PRÁTICAS BIOTECNOLÓGICAS E O DIREITO

4.1 Estatuto moral dos embriões

A prática de técnicas de reprodução assistida¹¹³ pôs em evidência o ser humano em formação durante suas primeiras semanas de vida, ao envolverem a manipulação, transferência, congelamento e descarte de embriões. Essas práticas estimularam novas perplexidades e novas indagações: afinal, os embriões congelados podem ser descartados? Será que o Direito tolera o descarte porque, quando se fala de embriões, não se fala de vida, ou porque não se trata de vida humana?

Como diz Bourguet, enquanto o produto da concepção esteve “nas mãos da natureza”¹¹⁴, não se demandavam explicações do atuar humano sobre ele. À medida que o desenvolvimento da biologia e da medicina permitiu que se exercessem diversas formas de ingerência sobre o produto da concepção, inclusive a sua utilização como objeto científico, tornou-se imperativo que se esclarecesse por que essas práticas são admitidas.

A necessidade de compreender a natureza do embrião como integrante da espécie humana, na verdade, precede à biotecnologia: nos anos sessenta e setenta do século XX, a tematização ocorreu quando se buscavam argumentos que validassem o aborto. É exatamente a posição sobre o momento em que tem início a vida que sinaliza duas correntes opostas – a dos pró-vida e a dos pró-escolha. O primeiro grupo defende a tese de que a existência começa quando óvulo e

¹¹³ A expressão reprodução assistida está sendo usada como termo genérico sob o qual se abrigam diferentes espécies entre as quais, inseminação artificial, fertilização *in vitro* e sobre as quais existem inúmeros trabalhos específicos: CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: Bosh Editor, 1995.

¹¹⁴ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões Bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 9.

espermatozóide se unem, e o segundo, com um conceito mais amplo, afirma que a vida começa antes mesmo da concepção; óvulo e espermatozóide são seres vivos, a vida é uma evolução da vida desses seres.

Trata-se, na verdade, de uma pretensão de sustentar posições com argumentos fundamentalmente biológicos (como se eles pudessem ser definitivos), mas que se fundamentam em princípios diferentes: no princípio da intangibilidade da vida, para os pró-vida e, no da liberdade da pessoa humana, para os pró-escolha.

A estrutura das idéias dos defensores do aborto¹¹⁵ requer que, à noção de vida, sejam somadas outras que buscam distinguir diferentes hierarquias no ser da espécie humana, impondo, por isso, que se recorra a termos como pré-embrião, ser em potência, embrião e pessoa para emprestar coerência ao pensamento.

Não são muito diferentes os argumentos usados para justificar as práticas sobre embriões proporcionadas pela biotecnologia, embora, àqueles, somem-se novas informações introduzidas pela genética e pela biologia.

As grandes questões a respeito do estatuto moral do embrião estão hoje relacionadas com as novas técnicas de fecundação *in vitro*, das quais resultam, quase sempre, embriões sobressalentes (*spare embryos*). Esses excedentários podem ser objetos de triagem, mediante diagnóstico pré-implantatório, eventualmente de terapia genética (triagem por eliminação), pesquisa (clonagem, conservação e reimplante em mulher estéril, em matrizes não humanas, doação à ciência etc). Alguns podem até ser retirados do útero, em procedimento chamado de redução embrionária, quando um grande número de óvulos implantados consegue fixar-se, colocando a gravidez e a saúde da gestante em risco.

Pesquisar para curar, abrindo novas perspectivas de superação de males tidos como inexoráveis, seria uma atividade considerada eticamente adequada, se o objeto dessa pesquisa não fosse um ser vivo, humano, para determinadas correntes, a quem se deve, desde sua geração, a extensão do princípio de respeito à dignidade humana com todas as suas implicações. Surgem, então, certas questões que devem ser respondidas em outro plano, que não o estrito da técnica: por exemplo, o que

¹¹⁵ Veja-se, por todos, DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e Aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p 91-98.

fazer com os embriões excedentários? Se seu destino for apenas o descarte, não seria melhor que, para o bem da humanidade, fossem postos a serviço de pesquisas médicas? Nesse conflito entre dignidade da pessoa humana e asseguramento da dignidade da vida, como decidir, quando se sabe que células-tronco retiradas de jovens embriões (período inicial da formação embrionária, durante a qual apresenta blastômeros dispostos em uma única camada, que termina com a fixação no útero, por volta do décimo quarto dia de existência) podem transformar-se em qualquer tecido, surgindo como recurso capaz de curar muitas doenças?

Como as demais questões impostas pela revolução biotecnológica, existe uma variedade de respostas possíveis a esta questão. No viés científico, busca-se uma saída que se contém no âmbito estrito da técnica, afirmando-se que células do cordão umbilical cumprem as mesmas funções, e que tecidos adultos podem também vir a cumpri-las. Outros argumentos da filosofia e da história podem ser utilizados para demonstrar que quase todas as conquistas da humanidade foram alcançadas mediante alguma forma de sacrifício de alguns pelo bem comum. A Igreja Católica, através do Papa João Paulo II¹¹⁶, entende que “a vida do corpo na sua condição terrena não é algo absoluto para o crente, de tal modo que lhe pode ser pedido para abandoná-lo por um bem superior”.

John Rawls¹¹⁷, em sentido contrário, afirma que cada pessoa merece inviolabilidade fundada na justiça, que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por isso, a justiça não permite que sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.

O destino dos embriões sobressalentes – fecundados em número superior ao implante apenas para assegurar o êxito da gestação – impõe também uma disciplina normativa que evite descartes. Dois grandes episódios de descarte são conhecidos, um na França e outro na Inglaterra. No primeiro caso, a clínica não conseguira renovar sua autorização de funcionamento, razão por que dirigiu uma carta aos casais dando-lhes um mês de prazo para transferir os embriões para outra clínica, após o que tomariam o silêncio como desinteresse pela conservação, o que

¹¹⁶ JOÃO Paulo II, *Evangelium Vitae* n. 47. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_ii/encyclicals/documents/hf_ip-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em: 25 nov. 2004.

¹¹⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 17.

autorizaria seu extermínio. Na Inglaterra, buscou-se, em situação semelhante, promover-se a adoção e, como muitos *país* não se manifestaram, optou-se por destruir os embriões. Nos Estados Unidos, estima-se que existam cerca de cem mil embriões congelados.

Para disciplinar essas práticas, alguns países começam a falar no estatuto do embrião que, aliás, desde 1982 se tornou tema de preocupação na Assembléia Parlamentar da Europa. Tal estatuto, todavia, adota posições uniformes no que toca ao conceito de embrião, representando mesmo, em alguns países, o reconhecimento de diferentes níveis de existência humana, ao qual correspondem também diferentes níveis de proteção jurídica.

Seja porque correspondem a singularidades distintas, seja porque era preciso justificar as práticas com os embriões, na década de 80 do século passado, ao vocabulário bioético foi acrescentada a expressão pré-embrião. A comissão Warnock, reunida entre os anos de 1982 e 1984, e integrada por especialistas da Grã-Bretanha, tornou pública a definição de embrião em seus primeiros estágios, referindo-se a ser humano em potencial. Assim, como não é integrante da espécie humana porque não é ser humano *atual*, tudo que se deve normatizar a seu respeito restringe-se a uma limitação do direito de propriedade sobre ele.

Em 1985, membros da Fundação Européia para a Ciência, em Londres, definiram o pré-embrião como a “coleção de células que se dividem até o aparecimento da linha primitiva”¹¹⁸. A terminologia foi também adotada pelos Conselhos Europeus de investigação médica de nove nações, que se reuniram sob o patrocínio da mesma Fundação Européia para a Ciência. Houve quem dissesse, então, que o conceito elaborado pela Fundação teria surgido para avaliar cientificamente, *ex post*, as conclusões de Warnock¹¹⁹. Assim, é possível afirmar que conceitos, mesmo apoiados em bases substanciais, podem cumprir outras funções, inclusive a de servir para uma possível legitimação das idéias pela via científica e normativa.

Convencionou-se, então, que pré-embrião é uma expressão que designa o grupo de células resultantes da divisão progressiva do óvulo fecundado até 14 dias mais tarde, quando começa o processo de nidação no útero.

¹¹⁸ P. Oliveiro apud BOURQUET, Vincent. *O ser em gestação...* op. cit. p. 59.

¹¹⁹ Id., loc. cit.

A Convenção de Bioética de 1996¹²⁰, aprovada pela Assembléia Parlamentar europeia e subscrita pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, representou um esforço no sentido de criar normas supranacionais, disciplinando matérias relativas à proteção dos direitos humanos quanto às práticas da biologia e da medicina. Seu conteúdo, porém, resultou ambíguo, porque não regulamentou a experimentação com embriões, embora, na fundamentação, refira-se à dignidade humana como valor fundante do documento. Assinala, ainda, que a vida humana deve ser respeitada desde o início. Essa indeterminação do documento impediu sua assinatura por parte da Grã-Bretanha e da Bélgica, que consideraram os dispositivos restritivos, e da Alemanha, que desejava a vedação expressa da experimentação. Não existe, assim, uma orientação comum e geral por parte do Conselho da Europa quanto à vida humana nas duas primeiras semanas. É quase consensual, porém, a idéia de que, após esse prazo, os embriões não devem ser objetos de experimentação.

Qual a relevância dos conceitos destacados – pré-embrião e embrião – no plano jurídico penal? O que é um pré-embrião? Esta expressão encontra um objeto de referência no mundo dos fenômenos, ou se trata apenas de um uso político da linguagem?

Com base, não só em argumentos biológicos, mas também de filosofia da biologia, procurou-se destacar as características que marcam o pré-embrião como ser distinto do embrião e, portanto, não pertencente à espécie humana.

Maria do Céu Patrão Neves¹²¹ diz que o pré-embrião pertence à espécie humana, mas ainda não iniciou seu processo de organização, o que só ocorre com o aparecimento do sulco primitivo, rudimento de sistema nervoso, por volta do décimo quinto dia.

A insistência na fixação do décimo quinto dia como marco do desenvolvimento individual do embrião não ignora aqueles critérios (já referidos) adotados para a identificação de uma individualidade – distinção e autonomia –, mas emprega outros recursos para afirmá-la.

¹²⁰ Cf. HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y Derechos Humanos*. Temas y casos. Buenos Aires: DePalma, 1999. p. 129 e ss.

¹²¹ NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996. p. 175-183. p. 181.

Tomar a formação do tubo neural como o momento em que o produto da concepção se faz humano, é questionado pelos humanistas que indagam: primeiro, por que este limite para definir o início da existência do ser humano, e não outro, décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos celulares que resultam na placa neural? Acredita-se que a definição do décimo quinto dia deu-se porque Warnock privilegiou um critério morfológico: a partir do décimo quinto dia, associa-se, àquele fenômeno do canal primitivo, um primeiro esboçamento dos principais órgãos. O embrião inicia, então, sua trajetória para tornar-se feto, assemelhando-se a um bebê. Assim, o embrião humano só faria parte da espécie humana a partir do momento em que seu aspecto estrutural apresentasse caracteres morfológicos e anatômicos de seu fenótipo.

Bourguet¹²² lembra que também Aristóteles, no passado, afirmou que a carne era indiferenciada: antes do quadragésimo ou quinquagésimo dia, o produto da concepção é apenas uma massa destinada a tornar-se indivíduo humano.

O critério de implantação do tubo neural estabelece importante relação entre a individuação e o sistema nervoso central, que tem relevância como caracterização da existência de vida no homem. Todavia, afirmar que o jovem embrião não vive porque a sua atividade encefalográfica é nula, configura um exagero, como entende ainda o mesmo Bourguet¹²³, porque, para ser humano, não é preciso ser igual ao adulto humano, normal, e ter os mesmos atributos que este.

Definir a individualidade humana com base em critérios morfológicos, além de representar a utilização de recursos ultrapassados, porque os modernos critérios genéticos são ignorados, é, sobretudo, perigoso, pelo jogo que se faz de transformação de um ser em *um outro* diferenciado, com o qual não é preciso, nem possível, qualquer identificação.

A ideologia do extermínio conhece este mecanismo de desumanização que elimina as possíveis resistências de destruição. Norberto Bobbio¹²⁴ refere-se a uma tradição de animalização do Outro, que se dá através de uma ação continuada

¹²² BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação...* op. cit., p. 56.

¹²³ Id., *Ibid.*, p. 63.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. O saldo vermelho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Mais!, p. 4-5. 24 maio 1998. Entrevista concedida a Giancarlo Bosetti do *L'Unità*.

de degradação de seus atributos físicos, reduzindo-o a tais condições, que procurem induzir a uma forte repulsa física. Assim ocorreu com relação aos judeus que estavam doentes, fracos, com parasitas, sem acesso às mínimas condições de higiene e cuja desumanização facilitava o propósito nazista. Da mesma forma, para os conquistadores espanhóis, os índios não eram considerados homens, em um processo que Domenico Losurdo chama de desespecificação¹²⁵.

Não é estranho ao Direito Penal, aliás, a exclusão do outro do contexto do humano, para facilitar sua destruição. Nilo Batista¹²⁶ lembra que foi assim na Idade Média com os judeus, com os heréticos, como ainda é hoje com os favelados e vulneráveis. Nos padrões da criminologia positivista, afirmou-se a diversidade do homem criminoso, sujeito qualitativamente distinto dos “honrados” e sadios, cuja temibilidade podia validar, não só o aprisionamento, mas também sua eliminação. Outros países, de forma mais explícita, têm incriminado o estado de estrangeiro, que pode ser a causa de prisão por tempo indeterminado.

Desta forma, não há que se estranhar a insistência na aparência como elemento que fortaleça ou impeça uma identificação com os chamados pré-embriões.

Outro argumento a favor dos catorze dias, como tempo necessário para considerar presente a individualidade do que se chama embrião, refere-se à morbidade dos óvulos fecundados que se perdem em abortos espontâneos. Consegue-se, com isso, despertar dúvidas sobre a existência de humanidade nessa fase do desenvolvimento do zigoto: se 50% das células femininas fecundas não se fixam no útero e “se a natureza produz tal confusão, por que um cientista não poderia arranjar as coisas ao preço de alguns sacrifícios, como pensar em seres humanos que jamais ultrapassam esse período?” indaga Vincent Bourguet¹²⁷.

A individualidade do ser vivo faz-se no tempo, constrói-se como expressão de sua capacidade e, sendo assim, a continuidade é um atributo que a acompanha. Esta, por sua vez, é associada à idéia de potencialidade: “propriedade

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. O saldo vermelho, op. cit., p. 5.

¹²⁶ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2000. p. 131-140.

¹²⁷ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação...* op. cit. p. 65.

da coisa de exibir novos atributos”, como diz Bourguet¹²⁸, distinguindo-a de probabilidade, expressão que se refere a uma avaliação de frequência, a uma estimativa estatística.

A potência, no sentido de trazer em si próprio a capacidade de realizar seu destino humano, já está contida no ovo e se expressa em fases sucessivas. Por isso, nega-se sua distinção do embrião, reclamando-se que a elaboração de um estatuto alcance o produto da concepção humana em qualquer fase a partir da fecundação. Assim, não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua “capacidade de produzir-se a si mesmo”. O zigoto representaria, assim como quer também Ronheimer¹²⁹, não apenas o desenvolvimento de um ser; sendo, ele é, em si próprio, um ser em desenvolvimento.

O conceito de potência não foi suficiente para eliminar as distinções, propostas pela Comissão Warnock e pelo Comitê Europeu para Ciência, entre pré-embrião e embrião, nem para conferir unidade biológica ao produto da concepção. P. Singer e H. Kushe¹³⁰ entendem que, a se considerar a potência, como motivo para uma tutela jurídica do jovem embrião, também os gametas mereceriam a mesma proteção, porque têm essa mesma potencialidade. Desde que o óvulo e o espermatozóide não têm um estatuto separado, não haveria porque, com base na potencialidade, conferir um estatuto especial ao embrião. Acrescentam que, caso se pretenda estender a noção de pessoa ao jovem embrião, também se deve fazer o mesmo com relação aos gametas.

Os que afirmam a unidade da espécie humana contestam esse entendimento, explicando que, se óvulo e espermatozóide, uma vez unidos, são um embrião, isoladamente não o são e, enquanto singularidades, cada um em si, não têm potencialidade; esta surge com sua fusão. Isto significa que, a partir da união de

¹²⁸ Id., *Ibid.*, p. 35.

¹²⁹ RHONHEIMER, Martin. El derecho a la vida en el Estado constitucional. Disponível em: <<http://www.aliento.net>>. Acesso em: 4 abr. 1999. Do mesmo autor sobre a matéria, veja-se ainda: *Derecho a la vida y Estado moderno: A propósito de La “Evangelium Vitae”*. Madrid: Rialp, 1998.

¹³⁰ KUSHE, H. The moral status of embryo. In: WALTERS, W.; SINGER, P. (Eds.) *Test-tube Babies: a guide to moral questions: present techniques and future possibilities*, Melbourne: Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 57-63.

um espermatozóide com um dado ovócito, tudo será o “fluir contínuo de um dinamismo interno que vai expressando no tempo o que estava contido, em antecipação, desde o início”¹³¹. Esta nova unidade é que opera de forma coordenada, por determinação intrínseca de seu próprio centro biológico, como afirma Maurizio Mori¹³² (que, todavia distingue os conceitos de vida humana, ser humano, indivíduo humano e pessoa). Os gametas são, na verdade, produtos individualizados, mas não passam de células agonizantes, com uma expectativa de vida muito reduzida; são incapazes de multiplicação e terminam suas existências quando o espermatozóide penetra na zona peluginosa, iniciando-se, a partir de então, uma nova singularidade, humana.

Diz-se também que, enquanto não há nidação e relação de dependência com a mãe, não há gravidez e, portanto, ainda não há um ser com necessidades, inclusive a de nutrição. Este ser em potência nem sequer se relaciona com o meio, o que só ocorre com a implantação. O contra-argumento nega a necessidade de que ocorra essa implantação para que se fale em indivíduo, usando, para tanto, um exemplo negativo, o do ovo da galinha que, mesmo tendo os elementos nutricionais necessários ao seu desenvolvimento, não se implanta, e nem por isso lhe pode ser negada a condição de indivíduo biológico.

No Direito Penal brasileiro Heleno Fragoso¹³³ pensa de forma semelhante e afirma que, para os efeitos legais, a gravidez apenas tem início com a implantação do ovo no endométrio, o que ocorre entre três a seis dias depois da fecundação. Régis Prado¹³⁴ partilha desse entendimento e distingue entre gravidez sob o prisma biológico e sob o prisma normativo, entendendo que esta só ocorre com a implantação do óvulo no útero materno, ou seja, com a nidação, enquanto aquela tem início com a fecundação. Ambos apóiam a posição assumida no fato de ser permitido o uso de certos métodos anticoncepcionais que são, na realidade

¹³¹ Cf. ARCHER, Luis. Questões éticas no princípio da vida humana. In: NEVES, Maria do Céu Patrão (Coord.). *Comissões de Ética*. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 251-272.

¹³² MORI, Maurizio. Chi è persona? Persona umana e Bioetica. *La Civiltà Cattolica*, Roma, v. 4, n. 3.420, p. 557, 19 dez. 1992.

¹³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial 1*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978. p. 129.

¹³⁴ PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 2. p. 97.

naturalística, abortivos, porque atuam impedindo a fixação do óvulo fecundado na cavidade uterina.

Para Cezar Bittencourt¹³⁵, no entanto, o produto da concepção é um ser humano em formação e, por isso mesmo, tem a proteção legal desde o momento em que é gerado. Euclides Custódio da Silveira¹³⁶ afirma, no mesmo sentido, que não há distinção no Código Penal Brasileiro entre óvulo fecundado, embrião ou feto, razão porque a proteção da lei tem início desde o momento da fusão das células germinais, pouco importando que o produto da concepção seja viável ou não: a proteção prestada pelo direito penal é exatamente vida à vida endo-uterina.

A noção de pré-embrião tem implicações simbólicas e políticas, porque prefere enfatizar o aspecto objetivo do indivíduo, qual seja, a massa celular que se forma a partir da fecundação. Os argumentos contrários à unidade individual do jovem embrião incluem o fato de ele ser composto por partes heterogêneas, ou seja, nem tudo no ovo será feto, pois uma parte constituirá os anexos embrionários: placenta, cordão umbilical etc.

O jogo de palavras e a construção de argumentos lógicos e articulados permitem a manipulação das idéias com o fim de conduzi-las à conclusão desejada. Se o produto da concepção pode ser identificado como embrião e também como pré-embrião, e este tem características distintas da espécie humana, o que o submete a uma categoria diferenciada, ele passa “do mundo dos humanos para o das coisas que os homens exploram¹³⁷”. Essa manipulação permite que não lhe sejam estendidos os princípios éticos e jurídicos que se aplicam à experimentação em humanos, resumindo-se a disciplina jurídica dessas práticas, basicamente, ao âmbito do Direito patrimonial. Se, de outro lado, se aceita que o pré-embrião é um indivíduo desde a fecundação, por dispor de meios para ir-se desenvolvendo na realização de sua própria existência, ele merece a tutela jurídica desde a fecundação.

¹³⁵ BITTENCOUR, Cezar. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2 p. 158.

¹³⁶ SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal – crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973. p 108.

¹³⁷ BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação...* op. cit., p. 60. O autor alerta, ainda, para o uso das expressões massa, conjunto de células ou cacho de células, que objetivam reforçar a *coisificação* do zigoto.

De forma geral, parece que as objeções feitas à existência de uma individualidade biológica ao embrião têm um ponto em comum: tomar a idade adulta como critério de configuração da individualidade humana em geral, o que até pode ser válido, desde que esclarecidas as bases que fundamentam esse entendimento.

Já se vê que, mesmo diante de dados objetivos fornecidos pelas ciências médicas e biológicas, é possível chegar-se a conclusões distintas, seja pela manipulação consciente dos dados para atender a interesses econômicos, seja porque a interpretação desses dados se faz orientada por certos valores e crenças.

Não é incomum que o direito, como visto no capítulo anterior, reelabore os dados que lhe são fornecidos pelo mundo dos fenômenos, para atender aos fins sociais e políticos perseguidos pela norma: desta forma, considerou o escravo, por sua condição, como coisa (nesse caso, com um discurso justificador de interesses da época) sobre a qual se exercia o direito de propriedade; reconheceu a necessidade de dar ingresso no mundo jurídico a um tipo de pessoa sem substrato no mundo real e constituída por outras, a pessoa jurídica, desde que atenda aos predicados instituídos na lei. Como realidade normativa, que também o é, o Direito cria suas próprias realidades para atingir os fins de justiça desejados e, assim, confere, para o fim de atribuição de certos direitos, a qualidade de sujeito de direitos ao nascituro; já quando se trata de imputação de crime não considera o menor de 18 anos como sujeito que reúna os requisitos necessários a essa imputação.

Retoma-se o pensamento de Maria do Céu Patrão Neves¹³⁸, quando afirma que a noção de ser humano é distinta da de pessoa; esta é essencialmente filosófica e está vinculada à idéia de ser humano capaz de consciência de si mesmo e, conseqüentemente, do mundo onde se insere. Ser pessoa, nas palavras da autora, consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio. O embrião, indivíduo biológico, surge como “entidade ontológica que resulta da individualização embrionária”, enquanto a pessoa é um ser moral, capaz de vida relacional.

A personalização do embrião aparece como requisito para que ele seja considerado apto, no mundo ético e também no jurídico, como ser capaz de usufruir o mesmo respeito devido ao humano nascido.

¹³⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*, op. cit., p.176.

Correlatamente à idéia de que há diferentes níveis de seres na espécie humana, há um entendimento de que a personalidade é um atributo que só se instala em um determinado nível: ou seja, corresponde a um nível superior do desenvolvimento, que atinge sua plenitude após o nascimento. Pessoa, neste sentido, requer mais que a diferenciação própria da individualização, porque a ela se acrescenta, como entende Maria do Céu P. Neves, “a especificidade moral”¹³⁹. Tal visão da espécie pode justificar uma gradualidade ética no tratamento e respeito aos seres humanos com importantes reflexos jurídicos. De fato, o Comitê Consultivo Nacional de Ética francês¹⁴⁰ referia-se ao embrião como pessoa humana potencial, que está ou esteve viva, estágio que findava com a possibilidade de vida autônoma (sexto ou sétimo mês após a concepção). Ser viável, apto a sobreviver independentemente da mãe, é o marco adotado pelo comitê, em substituição ao antigo critério do nascimento. No entanto, este critério é também insuficiente, à medida que o desenvolvimento tecnológico vem permitindo a sobrevivência de crianças cada vez mais prematuras. Assim, o reconhecimento da condição de pessoa ficaria a depender das condições oferecidas, não só pela medicina, como também pelo poder econômico de cada país. No campo do direito, a falta de personalidade justificaria que o Direito graduasse também sua tutela conforme os diferentes estágios de desenvolvimento do ser humano, para dispensar tutela integral, apenas, aos seres humanos adjetivados pela expressão “pessoa”.

A personalização é vista pelos filósofos contemporâneos a partir de uma ênfase na vida moral, e não mais com base em elementos religiosos, como já ocorreu para os antigos. Admitiam os teólogos cristãos que era pela infusão da alma – que tinha origem divina – que se dava a natureza humana do indivíduo. Ou seja, o corpo, por si só, não bastava para constituição da pessoa, sendo necessária a associação de um princípio extrínseco para que isto ocorresse. A idéia de uma dissociação entre personalidade e individualidade humana, esta correspondente a uma idade de inconsciência humana, reforça a idéia de seres “humanos” que não são humanos e podem validar a submissão de alguns ao comando de outros (os

¹³⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana, op. cit., p.182.

¹⁴⁰ CCNE (Comité Consultatif National d’Éthique pour les Sciences et la Vie de la Santé). Avis de recherches sur l’embryon. In: ATAS Sud/INSERM, Arles, 1987, p 33-43.

verdadeiramente humanos). É esse tipo de idéia que valida a disponibilidade do corpo para o suicídio, a eutanásia ativa, a liberdade de destinação do embrião.

Outras variáveis, que se baseiam em outros atributos ou capacidades, podem ser construídas a partir de algumas inferências. Assim ocorre, por exemplo, quando se utiliza o critério da qualidade de vida para determinar o que seja pessoa: Fermin Schram, fundado em argumentos bem articulados, diz que “Anencéfalo praticamente não existe, porque esta sua vida não terá nenhuma qualidade que possa gozar, razão pela qual é sensato afirmar que moralmente não tem este direito”¹⁴¹.

É o próprio Schram¹⁴² que alerta que, embora não seja convincente, pode-se, a partir de sua posição, falar em perigo de deslize moral ou do argumento da ladeira escorregadia, ou seja, pode-se tomar esse entendimento sobre o anencéfalo como absoluto e estendê-lo a outros fetos e seres indesejáveis. É irresistível, porém, a tentativa de proceder desta forma, sobretudo quando o bioeticista alia, a esse pensamento, o argumento utilitarista de redução do sofrimento (da gestante) e aumento “da felicidade ou bem-estar complexivos no mundo”. O pensamento sugere a possibilidade de uma situação de necessidade permanentemente instalada que permitiria uma constante confrontação entre as pessoas e suas qualidades, para sacrifício daquelas cuja utilidade consista no serviço a outras.

São esses mesmos critérios utilitários que facilitam o descarte de seres humanos quando já não têm mais, ou jamais tiveram, aptidão para desempenhar um papel socialmente prescrito, a exemplo dos idosos, dos irreversivelmente enfermos, e, por que não, dos embriões congelados e anencéfálicos. Nei Moreira, a respeito dos anencéfalos, diz que são “seres sem finalidade”¹⁴³, que devem ser considerados natimortos para o aproveitamento de seus órgãos. Por ilação, embriões congelados são produtos que devem ser postos a serviço da sociedade.

¹⁴¹ SCHRAM, Fermín. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/ind2v6.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

¹⁴² Id., Ibid.

¹⁴³ MOREIRA, Nei. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/ind2v6.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

Esse critério permite que, quando alguém ou algo tenha mais utilidade, possa justificar-se a eliminação de outrem em seu proveito. Na prática cotidiana, inspira a eleição dos que serão submetidos a práticas cirúrgicas necessárias, quando não há médicos ou recursos para todos os que também precisam deste tipo de intervenção, decidindo-se, nas UTIs, quem estará ligado aos equipamentos de suporte mais eficientes, e permitindo, ainda, que seja tolerada, de forma mais confortável (e possivelmente mais sensata), a interrupção de recursos especiais na manutenção de certas vidas.

Pode-se, por outro lado, em face da controvérsia que subsiste, mesmo após o recurso ao conhecimento biológico, em princípio mais objetivo e dotado de alguma neutralidade, decidir-se que basta que o ser humano exiba sua existência, como uma individualidade para merecer o respeito devido à pessoa. Assim, embrião, feto, anencefálico, dementes, gênios, descerebrados integram a espécie humana, e como tal, todos titularizam os direitos que desdobram ou consolidam o princípio da dignidade e, conseqüentemente, impõe-se o dever de respeitar a forma de vida de que são portadores.

Esses seres humanos são seres vivos que apresentam diferentes consciências acerca da sua própria singularidade, o que não pode nem deve ser valorado numa perspectiva utilitarista de produção, custo, expectativa de vida.

Não há dúvida de que o Direito brasileiro distingue pessoa de feto ou embrião em sua realidade biológica. O Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 2002, trata separadamente pessoa e nascituro quando dispõe, no artigo 2º, que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida. O nascituro tem apenas seus direitos resguardados, conforme o artigo referido, desde a concepção. Orlando Gomes, no entanto, afirma que mesmo não tendo personalidade, “é equiparado a pessoa, no seu interesse¹⁴⁴”.

No Direito Penal, tradicionalmente, os autores têm-se colocado contra o aborto, embora esta atitude não resulte do reconhecimento de que o produto da concepção seja uma pessoa. Magalhães Noronha¹⁴⁵ diz que, no homicídio e no infanticídio, a ação do agente se volta contra uma pessoa, enquanto no aborto consiste na destruição da vida anterior ao parto. Considera, porém que esta vida

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 163.

¹⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2. p. 51.

humana em germe, uma *spes personae*, merece, da ordem jurídica, o mesmo respeito dispensado a um homem (pessoa).

O Senado americano marcou uma atitude vanguardista nesse sentido, ao reconhecer que o feto pode ser considerado como vítima separada da mãe. Trata-se de posição limitada a certos crimes – aqueles praticados com violência contra a mulher grávida – e, portanto, de conceito normativo. A lei americana demonstra a possibilidade jurídica de atribuição de qualidades ao embrião e de uma tutela compatível com esta idéia, ainda que tais qualidades possam não estar presentes no mundo naturalístico.

Patrão Neves, mesmo insistindo na distinção entre vida humana e pessoa, afirma que “é a vida humana no seu caráter irrepetível e absoluto, que é inviolável; é a vida humana, independentemente do momento em que se determine o início do ser humano ou da identificação deste com a noção de pessoa que merece o respeito e a proteção legal devidos a esta”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ACHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*, op. cit., p.183.

Capítulo V - REPERCUSSÃO DA QUESTÃO CONCEITUAL NO DIREITO POSITIVO

5.1 O Direito Comunitário Europeu

Na Europa, a história do conceito de pré-embrião remonta a 1986, quando, em reunião dos Conselhos Europeus de pesquisa médica patrocinada pela Fundação Europeia para a Ciência, os nove¹⁴⁷ Estados presentes aderiram à distinção terminológica entre pré-embrião e embrião. O já mencionado Informe Warnock, emitido por comitê de investigação criado pelo governo britânico no ano de 1982, serviu de base para a orientação que alguns países adotariam em suas legislações internas, influenciando, decisivamente, a posição dos Conselhos. Convencionou-se, então, que pré-embrião ou embrião pré-implantatário é uma expressão que designa o grupo de células resultantes da divisão progressiva do óvulo fecundado até catorze dias mais tarde, quando começa o processo de nidação no útero. Na Espanha, o Informe influenciou as comissões de estudo e a elaboração de lei sobre procriação humana que, além de incorporar o conceito de pré-embrião, tal como definido na Inglaterra – óvulo fecundado até catorze dias após a fecundação –, adota um sistema especial de contagem desse prazo, descontando o tempo em que, por acaso, tenham permanecido criopreservados (art. 15, I, a, Lei 35/98).

O Relatório da Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu sobre a pesquisa científica relativa ao embrião e ao feto humanos, conhecido como Relatório Palácios¹⁴⁸, foi um documento que, embora, sem valor jurídico, também teve expressiva importância na elaboração de leis nacionais específicas. Um dos itens aprovados afirmava que havia “concordância sobre o emprego dos termos pré-

¹⁴⁷ Estiveram presentes os conselhos da Dinamarca, da Finlândia, da República Federal da Alemanha, da Itália, da Suécia, dos Países Baixos, da Grã-Bretanha, da Áustria e da Bélgica.

¹⁴⁸ Em razão de haver sido a sua elaboração, presidida por Marcelo Palácios, deputado socialista.

embrião, embrião no estágio de implantação ou fase de pré-organogênese, para designar o grupo mais ou menos importante de células que resulta da divisão progressiva do óvulo fecundado, ou zigoto, até sua fixação no útero”¹⁴⁹.

A Convenção Européia de Bioética de 1996, por seu turno, conforme anteriormente salientado, foi produto de uma trajetória de reflexões, que já se faziam há alguns anos nos países integrantes da comunidade, cuja origem imediata pode remontar à Recomendação de número 1.160, de 1991, da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa. Tal Recomendação inclinou-se no sentido de que fosse elaborado um projeto de convenção sobre Bioética, que deveria, posteriormente, ser complementado por protocolos específicos. A tarefa foi encomendada ao Comitê *Ad Hoc* de Especialistas para o Progresso das Ciências Biomédicas (CAHBI) transformado, posteriormente, em órgão permanente (CDBI). O projeto definitivo, como se viu, foi aprovado pela Assembléia Parlamentar Européia e pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 1996. Em 4 de abril de 1997, 21 países subscreveram a Convenção que contém algumas posições que foram objeto de consenso quanto ao embrião, embora outras decisões tenham sido transferidas à deliberação interna dos países membros.

No âmbito da União Européia, no que tange à pesquisa embrionária, existe um conflito entre os países, havendo aqueles que advogam uma solução liberal para a pesquisa embrionária: Grã-Bretanha, Bélgica e Suécia e outros seis países que adotam uma posição contrária: Alemanha, Áustria, Espanha, Portugal, Itália e Luxemburgo ¹⁵⁰.

A polêmica exacerbou-se a partir do momento em que a União Européia decidiu fomentar a pesquisa com células-tronco com seus próprios recursos. Juristas, numa tentativa conciliatória, orientaram no sentido de que a Comissão poderia subsidiar a pesquisa embrionária consumidora apenas naqueles países-membros que permitem tais experimentos. Fixou-se, então, uma moratória em 2002, que se encerrou no final de dezembro de 2003, em decorrência da qual não seriam

¹⁴⁹ Apud BOURGUET, Vincent. *O ser em gestão: reflexões Bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 60.

¹⁵⁰ Os cinco países restantes, tomando-se por base a antiga composição da UE, com 15 países-membros, não assumiram ainda uma posição.

subsidiadas, com recursos provenientes do programa básico de pesquisa da UE, pesquisas que implicassem na eliminação de embriões.

Na esfera dos direitos nacionais, as orientações divergentes positivaram-se, havendo Estados que legislam com notória concessividade quanto às pesquisas científicas, enquanto outros, como Portugal e Alemanha, são restritivistas, privilegiando a defesa do embrião.

5.2 As legislações nacionais

5.2.1 O Direito Alemão

A legislação alemã, Lei sobre a Proteção a Embriões, de 13 de dezembro de 1990, por exemplo, tem caráter limitativo e cria diversas figuras criminais para punir a utilização abusiva de técnicas de inseminação e utilização de embriões. Quanto a estes, são definidos como o óvulo humano já fecundado e capaz de desenvolvimento, a partir da fusão nuclear. Também é considerado embrião toda célula pluripotencial que, dadas as condições ulteriores indispensáveis para o seu desenvolvimento, possa continuar o processo de divisão.

Os crimes contra os embriões são, em sua maioria, tipos de perigo dispostos em seis blocos: utilização abusiva de técnicas de transplante, utilização abusiva de embriões humanos, eleição de sexo (salvo para evitar enfermidades graves, hereditárias, transmitidas por um determinado sexo), fecundação sem consentimento (conhecido como estupro científico, punido com pena de até três anos), manipulação, para alteração de células reprodutoras humanas, inclusive a clonagem, a criação de mutantes e híbridos.

Para evitar ou minimizar a existência de embriões excedentários, entre os crimes do primeiro grupo, foram previstas três condutas de natureza essencialmente preventiva dos abusos proibidos: aquele que intentar a implantação de mais de três embriões no mesmo ciclo em uma mulher, a fecundação, em um mesmo ciclo, através de implante intratubário de gametas, de mais de três óvulos, e a fecundação de óvulos de uma mulher em número superior aos que podem ser implantados no mesmo ciclo. Ou seja, o abuso consiste na prática, proibida por si própria

(independentemente do resultado), em razão do perigo de geração de excedentários em número superior ao tolerado.

A lei, que contém em seu título a objetividade jurídica de proteção a embriões, tutela também outros bens jurídicos, como se pode inferir da análise de alguns tipos: a liberdade de escolha dos genitores com a incriminação do chamado estupro científico, e o patrimônio genético da espécie humana, punindo as ações de alteração de gametas, de geração de híbridos e mutantes.

Estranhamente, as penas previstas para a tentativa são, geralmente, as mesmas do crime consumado, o que desperta dúvidas quanto à objetividade jurídica, podendo-se questionar se, em face dos horrores do nazismo, a lei não visa, sobretudo, impor limites rígidos à pesquisa científica que possa causar alterações na espécie humana ou afetá-la em sua dignidade. O pensamento é reforçado pela interpretação dos tipos que restringem a fecundação, o implante abusivo de embrião, sua extirpação, e também do que pune a conduta de fecundação ou implantação de embrião em mulher que, após o parto, cederá permanentemente a criança a terceiros. A gestante não será punida, ainda que tenha aderido à conduta, nem tampouco aquela pessoa que pretende acolher permanentemente a criança; mas apenas o sujeito que houver praticado a ação proibida. Embora se possa pensar que os delitos em referência sejam crimes próprios, seja porque há necessidade de emprego de recursos técnicos sofisticados para os procedimentos, seja porque a lei, no artigo nono, estabelece o princípio da reserva médica, essa conclusão pode ser posta em dúvida, pois, nos dispositivos retromencionados, consta o termo “quem”.

Um outro pensamento insinua-se na Alemanha, apesar de não representar um consenso e sofrer oposições, e pode ser consubstanciado no discurso da Ministra da Justiça Brigitte Zypries¹⁵¹, no qual declara que: "Enquanto o embrião se encontra na proveta, falta-lhe uma condição essencial para que possa desenvolver-se, por si mesmo, como um ser humano ou até se transformar num ser humano. A possibilidade, meramente abstrata, de que ele continue se desenvolvendo neste sentido não basta, na minha opinião, para que lhe seja

¹⁵¹ Discurso proferido na Universidade Humboldt de Berlim. HEINZ, Wolfgang S. Direitos Humanos e Genética Humana. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. (Org.). *Anais do seminário Brasil-Alemanha*. Salvador: UNIME:Goethe-Institut, 2004. p. 161-176.

reconhecida dignidade humana". A idéia que orienta tais palavras é a de estabelecer uma ruptura entre o direito à vida (sujeito a restrições) e o reconhecimento à dignidade humana, (direito absoluto e inviolável) e garantir este Direito apenas ao sujeito com possibilidade de vida autodeterminada.

No plano legislativo, ocorreram também alterações, tendo sido votada, em 30.01.2002, e aprovada no Parlamento Alemão, uma nova lei, a "Lei de Garantia da Proteção ao Embrião no que tange à Importação e Utilização de Células-Tronco Embrionárias Humanas". Utiliza-se, nesse documento, técnica que faz supor, à primeira vista, que todas as atividades relacionadas à manipulação de células-tronco seja vedada, para abrir-se, em seguida, exceções à vedação, permitindo-se, por exemplo, em casos excepcionais, para atender aos objetivos da pesquisa pura ou da medicina, a importação de células-tronco embrionárias. Para impedir que tais células sejam produzidas com o objetivo de suprir o mercado alemão, dispôs-se que somente poderão ser importadas células-tronco produzidas antes de 1º de janeiro de 2002.

A conduta daquele que importar ou utilizar células-tronco embrionárias sem dispor de autorização ou, se valendo de autorização falsa, constitui crime, punido com pena privativa de liberdade de até 3 anos ou pecuniária.

5.2.2 O Direito Francês

Duas leis votadas no dia 29 de julho de 1994 (Lei n. 94-653 e Lei n. 94-654) fixaram, na França, os limites da utilização dos elementos e produtos do corpo humano, da assistência médica à procriação e do diagnóstico pré-natal. Jean Michaud¹⁵², embora ressalte que o país, com tais textos, tenha atendido a uma evidente necessidade de tutela do bem jurídico "integridade da espécie humana" diante das novas tecnologias, registra também seu caráter restritivo em razão de limites que são impostos às aplicações de terapias germinais. O artigo 511-1 da Lei n. 94-653, de fato, reflete o receio do uso de tais técnicas para efeitos eugenésicos "tendentes à organização e seleção de pessoas" e sanciona essas condutas com

¹⁵² Magistrado francês e Vice-presidente do Comitê Consultivo Nacional de Ética. Cf. MICHAUD, Jean. Las nuevas leyes francesas sobre Bioética. *Revista Derecho y Genoma*, Bilbao, n. 3, p. 297-300, mar. 1995.

uma pena de 20 anos de reclusão. A defesa do dispositivo envolve matéria controvertida sobre terapia somática (que atua sob o indivíduo isoladamente) e terapia germinal (cujos benefícios se fazem também sobre a descendência da pessoa tratada), porque se entende que esta pode abrir um caminho para a eugenesia. De outro lado, é difícil negar a dualidade dos avanços científicos, porque caso seja possível a cura de enfermidade grave com o uso da terapia gênica, cabem ponderações sobre as vantagens advindas da abstenção da conduta.

Quanto ao pré-embrião, a Corte Constitucional francesa decidiu (decisão 94.343.344), em 27 de julho de 1994, que o princípio do respeito à vida desde seu início não lhe era devido e, excepcionalmente, permitiu-se que, sob certas condições, fosse possível a destruição dos embriões *in vitro*. Para evitar um grande número de excedentários, o legislador previu que os pais devem requerer seu congelamento, responsabilizando-se por seu futuro destino. Durante cinco anos, estes serão consultados anualmente sobre a intenção de concretizar sua demanda de paternidade e, na forma do artigo 152-4, poderão autorizar a doação dos embriões conservados a outro casal.

No que tange às experiências, elas são proibidas, permitindo-se, todavia, a realização de estudos, mediante autorização do casal. Tais estudos, na forma da lei, não podem pôr em perigo o embrião e terão finalidades médicas. O artigo 511-19, da Lei n. 94-653, porém refere-se a estudos ou experiências realizados em desconformidade com o código de saúde pública.

A mesma lei cria vários tipos, que tutelam a ética biomédica, determinando que seja acrescentado ao código penal, no título sobre as “infrações contra a saúde pública”, um capítulo intitulado “Infrações em matéria de ética biomédica”, com quatro seções.

A primeira seção contém uma figura que pune com pena de 20 anos quem praticar conduta eugenésica que possibilite a seleção de pessoas. Em seguida, em treze artigos, são descritas as ações que atentam contra a proteção ao corpo, entre as quais a venda de gametas, a obtenção de gametas em desatenção às formalidades impostas pelo código de saúde pública.

A proteção ao embrião humano está contida na terceira seção, iniciando-se com um tipo que proíbe sua obtenção em troca de proveito de qualquer natureza. A participação no crime vem punida em figura autônoma, na qual também se pune a

entrega onerosa de embrião a terceiros. A descrição do delito e a correspondente sanção são semelhantes às do art. 511-2, que tem como objeto de proteção o corpo humano. São proibidas as condutas voltadas para concepção com fins diversos da procriação (fins industriais e comerciais; de realização de experiência ou pesquisa).

Pode-se dizer, em síntese, com relação à legislação francesa, que, ainda que não dispense uma tutela absoluta ao embrião, só permite sua geração para atender a casais inférteis e, em alguns dispositivos, percebe-se ênfase maior nos cuidados médicos previstos para a procriação, do que na tutela do embrião enquanto integrante da espécie humana.

5.2.3 O Direito espanhol

Na Espanha, a lei que primeiro tratou de práticas envolvendo embriões (considerados como pré-embriões) tem como objetivo principal regulamentar as novas técnicas de reprodução humana, recurso admitido como válido para superar a infertilidade de 700.000 casais em idade de procriação. A Lei 35/1988 tem também, como objetivo decorrente, a prevenção e o tratamento de enfermidades de origem genética ou hereditária, evitáveis mediante diagnóstico e tratamento. Quanto à existência de normas que protejam o embrião ou, mais propriamente, de preservação da espécie humana e respeito à sua dignidade, assim como na maior parte dos países europeus, está proibida a fecundação de ovos humanos com finalidades distintas da procriação humana, e, por isso, admite-se a transferência para o útero apenas de um número considerado adequado para assegurar a gravidez. A lei, porém, além de não definir o que seja número adequado, curiosamente, sempre sob uma regra geral proibitiva, abre diversas permissões de experimentação sobre os excedentários.

No mesmo ano de 1988, foi também sancionada a Lei 42, de 28 de dezembro, que disciplina a doação e a utilização de embriões e fetos humanos, ou de suas células, tecidos e órgãos, para fins diagnósticos, terapêuticos, de investigação ou experiência científica.

Dessa forma, apesar da proibição de fecundação com fins distintos da procriação, os óvulos não implantados, ou seja, excedentários podem ser usados para experiências. Esse uso dependerá do atendimento de certos requisitos, que

são distintos, conforme esses embriões sejam viáveis ou não. No que tange aos embriões viáveis, é autorizada, por exemplo, a pesquisa com fim de diagnóstico para objetivos terapêuticos, ou preventivos, sem que lhes seja modificado o patrimônio genético não-patológico.

Quanto aos embriões não-viáveis, são lícitas as investigações nos quais sejam utilizados para estudos sobre fertilidade, contracepção, processo de diferenciação e organização celular, origem do câncer e de enfermidades hereditárias ou, ainda (art. 16, 1, k), qualquer outra investigação que se considere oportuna autorizar através de norma própria. Com relação às experiências, o art. 16, 2, apesar de redigido de forma a sugerir sua vedação, abre, na verdade, a possibilidade de serem realizadas, desde que não possam ser feitas com animais, e sejam autorizadas por órgão competente, ao qual se devem encaminhar os resultados. Os pré-embriões não-viáveis podem também ser usados para fins farmacêuticos, diagnósticos ou terapêuticos.

O conceito de viabilidade para o Direito espanhol é construído de forma a permitir o uso que se deseja fazer de pré-embriões sobressalentes, para fins de investigação e terapia, utilizando, ao mesmo tempo, dois critérios normativos e ontológicos. Inicialmente, como afirma Luiz González Morán¹⁵³, define-se a noção de viabilidade com conceitos biológicos (capacidade de viver) requisito ao qual se acresce uma noção jurídica (tornar-se pessoa no sentido constitucional, ter expectativa de personalidade). Com esta posição, pretende-se estender o conceito de inviabilidade àqueles embriões que, embora tenham condições biológicas para implante, por outros motivos, não vão ter efetivada esta possibilidade.

O mesmo texto legal permite, ainda, que sejam feitas investigações com os gametas, individualmente, vedando-se apenas que, após as pesquisas, eles sejam usados para originar pré-embriões. Autoriza-se o teste de hamster, que consiste na fecundação de óvulo de hamster com espermatozóides humanos até a fase de divisão das células do ovo do fecundado.

A legislação espanhola, apesar de apoiar a liberdade científica, proíbe inúmeras práticas, no artigo 20 da Lei 42/98, entre as quais se podem apontar:

¹⁵³ GONZÁLEZ MORAN, Luiz. Apud VIDAL MARTINEZ, Jaime. Comentario a la Sentencia del Tribunal STC 212/1966. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 113-137, 1999. p. 120.

comerciar pré-embriões, mantê-los *in vitro* além do décimo quarto dia (salvo o período de congelamento), utilizá-los para fins cosmetológicos, criar ser humano em laboratório, clonar¹⁵⁴ e outras.

Tais ilicitudes são de natureza administrativa e, no que tange às pessoas jurídicas (laboratórios farmacêuticos e de cosméticos), tem-se reconhecido a pouca eficácia da sanção cominada (indenização, quase sempre), quando comparada com a penal, que pode chegar à suspensão da habilitação para o exercício da atividade.

Ambas as leis – a 35/98 e a 42/98 – foram objeto de Recurso de Inconstitucionalidade. No caso da Lei 42/98, o artigo 5º teve sua constitucionalidade reconhecida afinal, passando a depender de interpretação feita nos termos da sentença do Tribunal Constitucional, de 19 de dezembro de 1966 (RTC, 1996, 212). O artigo 9º foi considerado nulo e inconstitucional pela mesma decisão.

Quanto à Lei n. 35/88, argumentou-se que pretendeu assegurar Direito fundamental – um questionável¹⁵⁵ direito à reprodução – que afeta, direta e essencialmente, a dignidade da pessoa humana, relativizando o direito à vida e outros valores e princípios inscritos na carta constitucional. O *status* do embrião (em razão do tratamento dispensado aos pré-embriões), cujo conceito, aliás, não é encontrado no corpo da lei, permanece vulnerável após sentença que reafirma a validade da norma que permite a doação e utilização de gametas e óvulos fecundados e em desenvolvimento.

Algumas infrações ingressaram no Código Penal espanhol de 1995, que abriu um título (V – Delitos relativos à manipulação genética) para incriminar algumas das infrações administrativamente sancionadas nas Leis 42 e 35, ao tempo em que promoveu algumas alterações nesses textos legais. Conforme Casabona¹⁵⁶, tais tipos teriam sido mais bem agasalhados pela própria legislação especial, como

¹⁵⁴ A propósito de clonagem, Daniel Soutullo entende que aqueles pré-embriões que já superaram o limite de cinco anos imposto pela lei para sua possível utilização deveriam ser cedidos para obtenção de tecidos para transplante porque, segundo entende, será sempre preferível o uso dos embriões sobressalentes com fins de investigações do que sua simples destruição. SOUTULLO, Daniel. Clonación humana no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de tejidos para la transplantación. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 12, p. 213-223, 2000.

¹⁵⁵ Sobre a questão do combate à esterilidade como direito, vide VIDAL MARTINEZ, Jaime. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, op. cit.

¹⁵⁶ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 321.

foi feito em outros países, não só em razão da proximidade temporal, mas também pela identidade da matéria regulamentada, dando maior efetividade à lei.

A rubrica do título em apreço é inadequada para compreender as diversas figuras nele contidas e que nem sempre, mesmo em sentido amplo, podem ser consideradas como espécies de manipulação. A inserção do delito de reprodução assistida sem consentimento da mulher, no artigo 162, por exemplo, tem sido objeto de crítica por parte da doutrina, uma vez que o bem jurídico protegido, no caso, é a liberdade da mulher para decidir sobre esta prática. No artigo 161, 1, é incriminada a fecundação de óvulos humanos com fim distinto da procriação humana, e sempre que a referida fecundação não seja autorizada pela Lei 35/98. O bem jurídico protegido, segundo alguns autores, é a intangibilidade do patrimônio genético enquanto que, para outros, é o interesse do Estado em controlar e limitar o uso e a aplicação das técnicas de reprodução assistida, com fim de evitar os possíveis riscos, resultantes de tais técnicas, sobre outros bens jurídicos. O delito contido no artigo 160 (utilização de engenharia genética para produção de armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana) consiste em outra transformação de antiga infração administrativa da Lei 35/88 (artigo 20, B) em crime. Da mesma forma, o artigo 161.2, que, ao proibir a criação de seres humanos por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça, criminaliza infrações que estavam contidas nas letras k e l do artigo 20 da multicitada Lei 35.

O artigo 159¹⁵⁷, finalmente, sanciona a alteração de genótipo, fruto de manipulações genéticas realizadas com finalidades que não consistam na eliminação de taras ou enfermidades graves.

5.2.4 O Direito português

Portugal fez algumas tentativas para o enquadramento legislativo das novas tecnologias. Em abril de 1986, foi nomeada uma comissão com esse fim, que se ocupou basicamente dos problemas da procriação assistida. No capítulo V do documento elaborado pela mesma Comissão, cuidou-se das condutas que deveriam

¹⁵⁷ A análise do dispositivo será feita mais detalhadamente no confronto com a lei brasileira n. 8.974/95, sobre utilização de técnicas de engenharia genética e liberação de no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados.

ser incriminadas, tomando-se em consideração o carácter subsidiário do Direito Penal e, portanto, remetendo as menos graves para o âmbito das contra-ordenações.

No que tange ao embrião, foram propostas duas figuras: criação de embriões com fins de investigação e implantação de embriões que tenham sido objeto de experimentação (punidos com pena de prisão de 1 a 5 anos); cessão ou utilização de embriões para fins ou condições não permitidas (punido com pena de prisão de 1 a 2 anos).

A proposta de lei n. 135/VII, posterior ao projeto, também previu a incriminação pela utilização indevida de embriões, assim como a clonagem, criação de quimeras, fecundação inter-espécies, escolha de sexo e também a utilização indevida de embriões.

A Comissão de Revisão do Código Penal, por intermédio de Lopes Rocha, sugeriu a criação de alguns tipos legais para a proteção do embrião, entre os quais: intervir em embrião, causando danos para a saúde da pessoa que resultasse do desenvolvimento; fecundar extracorporalmente um óvulo humano com fins diferentes do da implantação em corpo de uma mulher; utilizar embrião fecundado corporalmente para experimentação ou qualquer outro fim diferente do da implantação; manter artificialmente a vida de um embrião ou feto humano inviável após um aborto, submeter embrião ou feto humano, antes de sua morte, a experimentações ou intervenções não exigidas pelo aborto precedente.

A proposta não obteve, conforme assevera Ana Paula Guimarães¹⁵⁸, grande aceitação entre os demais membros da Comissão.

A criminalização das condutas possíveis de serem exercidas sobre o embrião não constitui uma negação do reconhecimento de sua natureza subsidiária e fragmentária. Ocorre que a técnica revelou, no que tange aos usos da biotecnologia, possibilidades que podem ser utilizadas para assegurar que a vida se desenvolva conforme os valores vigentes ou para ameaçá-la além do que é possível suportar. O bem jurídico embrião, espécie humana, uso ético da biotecnologia, ou outro signo que se queira usar para designar a manipulação não tolerada de indivíduos da espécie humana, identidade genética, zigotos, embriões ou pessoas,

¹⁵⁸ GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 199.

estimula uma reflexão sobre se há um papel para o Direito Penal nesse contexto, e como deve ser exercido.

No particular da proteção ao embrião humano em vida extra-uterina, de forma geral, os países que disciplinaram o uso das técnicas de fecundação artificial recepcionam os avanços científicos, sendo seu uso admitido conforme os valores, experiência e expectativas de cada cultura. As ilicitudes são construídas a partir de um chamado uso indevido (elemento normativo freqüente nos tipos), um abuso, que consiste na transgressão da disciplina normativa da matéria. À primeira vista, supõe-se que se trata, por isso mesmo, de crimes de mera desobediência, de sanções que só têm como objetivo dar eficácia ao sistema jurídico, assegurando que suas prescrições sejam aplicadas. Na verdade, busca-se estabelecer limites para o exercício de atividades, cujos resultados não parecem ser suficientemente conhecidos e controláveis e, desta forma, impedir que benefícios sejam transformados em danos. Por isso, a lei demarca as zonas de segurança, aquelas onde as ações não afetem interesses considerados vitais para a sociedade.

5.2.5 O Direito italiano

O Senado italiano aprovou em dezembro de 2003 uma lei sobre a fecundação artificial. A nova lei proíbe as doações de esperma de pessoas alheias ao casal e experiências com embriões. Não é permitida a fecundação assistida para solteiros ou homossexuais, e apenas casais inférteis, que provarem ter relações estáveis e formais, poderão recorrer à inseminação artificial. Só podem ser gerados três embriões por casal e todos deverão ser implantados simultaneamente. A lei determina, ainda, que embriões fertilizados têm os mesmos direitos que um cidadão e proíbe doação de espermatozoides, congelamento de embriões e mães de aluguel. Em razão dessas restrições, a lei é considerada uma das mais rígidas da Europa.

5.2.6 O Direito brasileiro

No Brasil, o Projeto de Lei do Senado que dispõe sobre reprodução assistida recebeu dois substitutivos, constando, em duas versões, a definição de

embrião como o “resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento”. A distinção que se faz, nos países europeus já referidos, entre embrião e pré-embrião, não foi acolhida nas propostas nacionais¹⁵⁹, embora só seja reconhecida a personalidade civil de embriões implantados.

O legislador brasileiro, à medida que se sucederam os projetos legais, fortaleceu a proteção ao embrião, buscando reduzir o número de excedentários: no projeto originário, foram previstas quatro transferências por ciclo reprodutivo, passando para três, no substitutivo de 1999, e restringindo-se, finalmente, para dois embriões no substitutivo de 2001. Ademais, os três projetos dispõem que todos os embriões obtidos serão transferidos a fresco, constituindo crime a conduta de produzir mais embriões do que o permitido em cada um deles, assim como a de deixar de implantar aqueles que foram produzidos (salvo no caso de contra-indicação médica). Faculta-se, porém, a realização de pesquisas e experiências com os espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos doadores dos gametas. Na verdade, é amplo o elenco de crimes propostos pelos projetos; alguns têm como objetividade jurídica a tutela do próprio produto da concepção, seja porque se entende ser ele próprio merecedor de proteção, seja porque, mediatemente, as ações que atentam contra sua existência, também constituem ameaça à espécie humana.

A maioria dos tipos insere-se na categoria dos de perigo; outros estariam mais bem situados como infração administrativa, em razão da pequena magnitude da ilicitude, a exemplo da prática de reprodução assistida por médicos não habilitados, ou em desacordo com os termos constantes do documento assinado pelos beneficiários ou doadores. Na verdade, estas, como outras ilicitudes previstas nos mesmos projetos, têm como objeto condutas de profissionais de Reprodução Assistida, que estão mais em desacordo com a ética médica do que com os fins do Direito Penal, de forma que sua tipificação só se faz possível como delitos de mera desobediência. O substitutivo de 2001, aliás, prevê como sanções para estes crimes as penas de prestação de serviços à comunidade, multa e suspensão de licença para exercer função ou profissão.

¹⁵⁹ Vide anexo ao final do trabalho.

A complexidade do tema e as diversas éticas e crenças dos autores fazem-se refletir nas também inúmeras propostas, ora proibindo-se a gestação de substituição, a reprodução assistida, quando usada como técnica de prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e sua utilização por pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável, ora permitindo-se tais práticas.

À falta de lei (até a conclusão deste trabalho), a reprodução assistida é praticada livremente no Brasil, devido a restrições impostas pela Resolução n. 1.358, do Conselho Federal de Medicina, que funciona, todavia, à míngua de poder coercitivo, como mera recomendação. O Capítulo V da citada Resolução, que trata da preservação de gametas e pré-embriões, dispõe, no item dois, que “o número total de pré-embriões produzidos em laboratórios será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”.

O panorama legislativo no Brasil, no que tange à disciplina do uso das novas tecnologias, revela-se desordenado e obscuro. Além dos obstáculos comuns aos legisladores de qualquer país relativos à rápida superação das tecnologias e à conseqüente complexidade em sua disciplina, somam-se a desinformação sobre o manejo das técnicas e a dificuldade em lidar com os termos que integram sua descrição.

Capítulo VI - A BIOTECNOLOGIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

6.1. Lei nº 8.974/95 e projetos de reforma: questões introdutórias

A disciplina jurídica de questões decorrentes do emprego da biotecnologia, no Brasil, está vinculada a mandamentos constitucionais relativos ao meio ambiente.

De fato, a Constituição Federal, no artigo 225, ao tratar do direito de todos ao meio ambiente equilibrado, dispõe sobre a preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético nos incisos II e V do § 1º daquele dispositivo, estabelecendo, como recurso para efetividade desse direito, o controle sobre o emprego de técnicas que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A regulamentação desses dispositivos foi implementada pela Lei nº 8.974, de 1995, que objetivou estabelecer normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autorizando a criação, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

A Lei em vigor (8.974/95) veio a ser complementada pelas Instruções Normativas (08/97 e 09/97) da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança que cumprem, com relação àquela, uma função hermenêutica. Isto se dá porque o emprego freqüente de termos próprios da genética, da biologia e da medicina (alguns dos quais decifráveis apenas por dicionários de engenharia genética e biotecnologia¹⁶⁰) dificulta a compreensão de seu conteúdo, assim como da extensão atribuída a algumas expressões, como se verá.

¹⁶⁰ GLOSSARY of Biotechnology and Genetic Engineering. Disponível em: <http://biotech.icmb.utexas.edu/search/dict-search.html>. Acesso em: 15 jun. 2004.

Romeo Casabona¹⁶¹, comentando a Lei, afirma que sua elaboração atende, nos aspectos penais, ao princípio da taxatividade em razão da precisão com que são enunciados os tipos. No texto sob comento, porém, a utilização de expressões que possam representar uma estrita sujeição àquele princípio, compromete, por outro lado, em razão de sua alta especificidade, o da legalidade, que tem, como um de seus pressupostos necessários, a clareza.

Como lembra Cláudio Brandão¹⁶², de nada adianta a existência de lei formal se ela vier expressa em linguagem pouco precisa, porque lei certa, como exige o princípio supra, quer dizer aquela que se expressa através de termos inteligíveis. É comum, porém, em certas situações, quando são disciplinadas matérias essencialmente técnicas, cujo conteúdo é estranho e novo para o Direito, a transposição de termos de outros campos científicos para a norma jurídica. Expressões, tais como operação de câmbio não autorizada, gestão fraudulenta, típicas do Direito Penal econômico, floresta de preservação permanente, vegetais hidróbios, usadas na Lei 9.605/98, constituem um exemplo dessa prática que compromete a capacidade de motivação da norma na medida em que seu conteúdo é compreendido apenas por parte da população¹⁶³.

O BioDireito refere-se a fenômenos recentemente conhecidos e, por isso, não poderia prescindir do uso de signos também novos (ADN/ARN recombinante, clonagem, distanásia, indução poliplóide, transdução, *in vitro*, *in vivo*), que não encontraram ainda, uma correspondência na linguagem comum. Em razão da sofisticação das técnicas aludidas no texto legal, tudo leva a crer que as ilicitudes ali descritas apenas podem ser praticadas por certas pessoas – cientistas especializados na área de engenharia genética, inexistindo, por isto mesmo, quanto a elas, problema de compreensão da linguagem. De outro lado, é certo que um justo equilíbrio entre taxatividade e clareza deve ser encontrado, para que a lei possa ser

¹⁶¹ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do Gene ao Direito*. São Paulo: IBCrim, 1999.

¹⁶² BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81.

¹⁶³ A esse propósito, pode-se afirmar que a disciplina legal do tema inclui-se na categoria de microssistema, dotado de um conteúdo específico, destinatários específicos e até mesmo linguagem específica, cujos termos, no dizer de Sebastián Borges de Albuquerque Mello, são inacessíveis à maior parte da população. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal: sistemas códigos e microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 82.

entendida por todos, interpretada e aplicada por profissionais da área jurídica, sem que se torne indispensável à mediação de biólogos ou geneticistas.

É bem verdade que o artigo 3º da Lei n. 8.974/95 é constituído por normas de hermenêutica que visam a esclarecer o significado dos termos *organismo*, *ácido desoxirribonucléico (ADN)*, *ácido ribonucléico (ARN)*, *molécula de ADN/ARN recombinante*, *organismo geneticamente modificado* e *engenharia genética*. Outros termos, no entanto, não mereceram a mesma atenção, o que obriga o interessado a uma árdua tarefa de interpretação.

No particular, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) ¹⁶⁴ n. 2401/03, aprovado pelo Senado Federal com diversas alterações, procura explicitar com maior detalhe o significado das expressões importadas do campo da biotecnologia, acrescentando outras definições àquelas já contempladas no elenco previsto no art. 3º da Lei vigente. Assim é que são introduzidas as definições de *derivado de OGM* (art. 3º, VI), *célula germinal humana* (inciso VII), *clonagem* (inciso VIII), *clonagem para fins reprodutivos* (inciso IX), *clonagem terapêutica* (inciso X), *células tronco* (inciso XI) e *células pluripotentes* (inciso XII), que não encontram previsão no texto legal ora em vigor.

Assim, a tentativa do legislador de 1995, valendo-se do supracitado artigo, resultou pouco profícua, seja porque muitos dos conceitos utilizados pela Lei não se harmonizam com a ordem objetiva dos fatos que quer regular, como se verá, seja porque, apesar das normas de hermenêutica, ainda se fez necessária a edição das duas Instruções Normativas, já referidas, para esclarecimento do sentido de alguns de seus dispositivos.

A Instrução nº 8 (Instrução Governamental sobre Manipulação Genética e Clonagem em Seres Humanos), porém, introduz novas dificuldades na compreensão do campo de ilicitude fixado pela Lei n. 8.974/95, porque se vale também de termos específicos do vocabulário de médicos e biólogos, e pretende, ainda mais, acrescentar, à sua tarefa, a de ampliar a interpretação de tipos penais, o que ocorre,

¹⁶⁴ Em 31/10/2003 foi apresentado, à Câmara, Projeto de Lei, de autoria do Executivo, encaminhado em regime de urgência, reestruturando a CTNBio e estabelecendo novas regras sobre segurança e fiscalização de atividades que envolvem organismos geneticamente modificados. O Projeto recebeu 304 emendas e foi aprovado nos termos do substitutivo do relator, consubstanciando-se no Projeto PLC 09, de 2004. Já no Senado Federal, foram apensados os projetos de lei dessa casa e, após inúmeras modificações, o substitutivo foi aprovado em 6/10/2004 e encaminhado à Câmara.

por exemplo, através do processo de equiparação das condutas de manipulação de células germinais e de células totipotentes, por razões que adiante serão esclarecidas.

Os dispositivos da mesma Instrução parecem ser, à primeira vista, complementares àqueles da Lei nº 8.974/95, que conteria, por seu turno, normas penais em branco. Ocorre, porém, que, em face da complexidade e do ineditismo da matéria, a IN 08 atua, menos para garantir a estabilidade do dispositivo principal diante das possíveis mutações da matéria que regula, e mais para dar-lhe coerência e sentido. Dessa forma, as instruções são como normas secundárias elaboradas para esclarecer o sentido de expressões, como as já referidas. O Direito Penal apropria-se de termos da linguagem extrajurídica e elastece ou restringe seu alcance, atribuindo-lhes feição de elementos normativos no sentido que lhes empresta Regis Prado¹⁶⁵, porque resultam de juízos de valor fundados na experiência.

Outros conceitos da Lei, no entanto, são considerados normativos em outro sentido, ou seja, porque são consequência de uma estimativa feita pelo legislador (suposta e desejavelmente com base nos valores do grupo), sem que sua construção seja alicerçada na natureza da coisa que se quer definir. Assim ocorre com o inciso III do artigo 3º do texto legal, por exemplo, que equipara os segmentos de ADN sintéticos aos naturais.

6.1.1 Manipulação genética

O conceito de manipulação genética, que constitui o cerne da Lei nº 8.974/95, e que tem como objeto jurídico o patrimônio genético da espécie humana, é também normativo e, por isso, nem toda forma de engenharia genética, na *realidade empírica*, é considerada crime. Manipular, que, na linguagem comum, significa preparar com a mão, imprimir forma a alguma coisa com a mão, preparar medicamentos com corpos simples, engendrar, ganha outras conotações na Lei.

O parágrafo único do artigo 3º, no entanto, exclui da categoria dos organismos geneticamente modificados (OGM) “aqueles resultantes de técnicas que

¹⁶⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 225.

impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro *processo natural*”.

Os processos excluídos por vontade do legislador, da categoria de manipulação, têm em comum, entre eles, o fato de que as formas de modificação de material genético admitidas são aquelas em que a intervenção do homem se dá apenas como recurso de aceleração de uma causalidade que já existe, isto é, quando o material genético (a molécula) não tenha sofrido anterior alteração pelas mãos do homem ou, ainda, aqueles em que a alteração possa também ocorrer como obra do acaso. É a hipótese da mutagênese, prevista no inciso I do artigo 4º da Lei, em que a modificação pode dar-se espontaneamente.

Admite-se, por vezes, sob restrição, a correção de fenômenos que tenham fugido a este mesmo curso causal (parcialmente), desde que não repercutam sobre a descendência (como na hipótese do art. 13, II, da Lei n. 8.974/95). Seguir o fluxo da natureza sem incluir elementos estranhos, seria, assim, o valor determinante da licitude das práticas que apenas serão toleradas enquanto atendam a esse requisito. De qualquer sorte, há que se chamar a atenção para a fragilidade da orientação na medida em que é difícil, hoje, não só determinar o que seja natural, como também traçar um limite rígido entre o que seja, ou não, artificial, em razão das sucessivas intervenções que o homem vem produzindo sobre a natureza, com o suporte de recursos tecnológicos.

Os procedimentos autorizados no parágrafo único do artigo 3º da Lei envolvem, portanto, processos próximos daqueles que tradicionalmente são entendidos como espontâneos, a exemplo da fecundação *in vitro*, que não introduz elementos estranhos ao material genético humano para alcançar o resultado desejado, a geração de um novo ser.

No Projeto de Lei nº 2.401/2004, sobre manter-se o que já se contém no citado dispositivo da Lei vigente, exclui-se da definição de OGM, também, “a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante”, utilizando-se o legislador, mais uma vez, de um conceito normativo.

Por outro lado, a transdução/transformação, referida no citado parágrafo único do art 3º da Lei nº 8.974/95, consubstancia, por exemplo, o processo de transformação de ADN em proteína, para o qual têm sido criadas técnicas que possibilitem otimizar seus resultados, seja quanto ao grau de apuramento, seja quanto à intensidade da produção. Uma aplicação mais conhecida dessa técnica consiste na produção de insulina que se obtém com a seleção de um ADN (para produção da insulina humana) que é posteriormente injetado em bactéria (atualmente a *E. coli*), possibilitando a obtenção da matéria desejada. Em tal caso, embora um organismo resulte modificado pelo procedimento, este é considerado lícito e está entre aqueles que não são tidos como geneticamente modificados, porque o ADN manipulado não é do homem. Assim, quando o animal serve como biorreator para produzir alguma substância, o procedimento é permitido.

Conjugação, por seu turno, é a técnica que envolve a transferência de material genético de uma célula doadora para uma célula receptora. Este processo é encontrado na natureza, espontaneamente, como mecanismo de realização sexual entre as bactérias; é a forma como uma bactéria injeta genes em outra e que, desde 1946, já vem sendo utilizada em laboratório para experimentos de resistência do organismo a certas drogas.

Tomando-se o mundo dos fenômenos como referência, é possível afirmar que, a rigor, alguns desses processos constituem forma de manipulação genética em sentido amplo. Quando se utiliza, por exemplo, um animal, no qual se enxerta ADN humano para a produção de substâncias necessárias ao tratamento de enfermidade, ocorre, de fato, modificação programada do genoma do animal que, todavia, como foi visto, não é considerada crime.

São excluídas, também, do conceito de manipulação, as modificações genéticas descritas no artigo 4º (mutagênese, formação e utilização de células somáticas de híbrido animal; fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo; autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural) desde que não impliquem utilização, seja como receptor ou como doador, de organismos que já tenham passado por um processo de modificação genética (OGM). Tais técnicas se referem mais propriamente às plantas e aos microorganismos e dizem respeito à transgênese nos vegetais. Na realidade, há

cientistas¹⁶⁶ que afirmam que a Lei 8974/94 foi elaborada tendo em vista, principalmente, a disciplina dos OGM, nela se acomodando a matéria referente à engenharia genética sem a necessária elaboração de dispositivos específicos para a disciplina da matéria.

Essas expressões, como se constata, também comprometem o princípio da legalidade, na medida em que são de uso restrito a certas áreas científicas e correspondem a determinadas técnicas de engenharia genética.

Por mutagênese, entende-se o processo que dá origem às mutações, isto é, modificação na informação genética que resulta em células ou indivíduos com alterações fenotípicas provocadas pela inserção de gene de outro organismo. O resultado pode ocorrer também com o emprego de Raios-X e outras radiações mutagênicas, bem como mutágenos químicos.

A hibridização ocorre com a geração de seres originários de pais geneticamente distintos. A técnica pode ser utilizada para produzir plantas híbridas ou hibridomas: células híbridas formadas pela fusão de duas células de origens distintas e que são usadas para produzir anticorpos monoclonais¹⁶⁷.

6.1.2 As ilicitudes na Lei 8.974/95

A Lei nº 8.974/95, autêntico microssistema¹⁶⁸, que pretende disciplinar, em seu âmbito, as questões relativas à engenharia genética, dispõe sobre a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), organismo, com poder normativo, encarregado de propor a Política Nacional de Biossegurança e fiscalizar sua aplicação, além de definir as condutas ilícitas.

No artigo 8º, na tentativa de controlar e prevenir as ações ilícitas dentro da esfera administrativa, em consonância com o princípio da subsidiariedade da intervenção penal, a Lei descreve as condutas vedadas no campo da engenharia genética e no uso dos OGMs. Ocorre, porém, que, dessas ações, apenas a descrita

¹⁶⁶ SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. Professor Titular de Imunologia [30 maio 2004]. Entrevista pessoal concedida a Maria Auxiliadora Minahim.

¹⁶⁷ Anticorpo monoclonal é um anticorpo altamente purificado e especializado, que é derivado de um único clone de células e que reconhece um único antígeno.

¹⁶⁸ Confira-se, a esse respeito, o conceito oferecido por MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito Penal*, op.cit., p. 81.

no inciso I, que proíbe de forma ampla “qualquer manipulação genética de organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas”, é punida, tão-somente, na esfera administrativa; as demais constituem tipos penais descritos no artigo 13 e seus cinco incisos¹⁶⁹.

Quanto às figuras criminais, Alberto da Silva Franco¹⁷⁰, primeiro comentador da Lei, assevera que a falta de apuro técnico na sua elaboração permite que se afirme sua péssima qualidade, o que repercute visivelmente na construção dos tipos, os quais mais se assemelham a denominações jurídicas do que a descrições de figuras delitivas.

6.2 O crime de manipulação genética

O inciso I, do artigo 13 da Lei 8.974/85 trata da manipulação genética de células germinais humanas. A compreensão do que seja manipulação, como já se alertou, requer uma interpretação da Lei que não se esgota nos aspectos estritamente gramaticais, mas que deve também compreender os valores que orientaram sua elaboração.

O termo manipulação é comumente usado como sinônimo de engenharia genética e, conforme Mantovani¹⁷¹, consiste na modificação programada do patrimônio genético de uma célula e, portanto, do organismo a que a célula pertence, seja este um organismo monocelular ou pluricelular (plantas e animais, aí compreendidos, os mamíferos). Susan A. Hagedorn¹⁷² também utiliza as expressões

¹⁶⁹ O já mencionado Projeto de Lei nº 2401-A/2003, no art. 26 de sua atual configuração, ao lado de conter previsão de manter em vigor o disposto no art. 13 da Lei vigente, acrescenta inciso VI a esse dispositivo, incriminando as condutas consubstanciadas em “construir, cultivar, produzir transportar, transferir, comercializar, importar, exportar ou armazenar organismo geneticamente modificado, ou seu derivado, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, a cuja prática impõe pena de reclusão de um a três anos.

¹⁷⁰ FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e Direito. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 4, n.1, 1996. Disponível em: <<http://cfm.org.br?revista/bio1v4/genetica.html>>. Acesso em: 7 jun. 2002.

¹⁷¹ MANTOVANI, Ferrando. Manipulaciones genéticas: bienes jurídicos almacenados, sistemas de control y técnicas de tutela. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.1, p. 94-119, 1994.

¹⁷² HAGEDORN, Susan. Biotechnology Dictionary. Disponível em: <<http://filebox.vt.edu./cals/cses/chageadot/glossary.html>>. Acesso em: jun. 2004.

como equivalentes e conceitua engenharia genética como a manipulação de um organismo genético proporcionada pela introdução ou eliminação de genes específicos através de modernas técnicas de biologia molecular.

A técnica utilizada pelo legislador não descreve a ação proibida, mas refere-se apenas à manipulação genética de célula germinal. No ser vivo, tal manipulação implica em intervenção no ácido desoxirribonucléico (ADN), atividade que foi possibilitada pelo auxílio de novas técnicas que permitiram sua análise e detalhamento. Este processo viabiliza o isolamento e amplificação de um segmento de ADN, o seu seqüenciamento, identificação e, como conseqüência, a manipulação¹⁷³.

O Projeto Genoma¹⁷⁴ pretende, com essas técnicas, identificar toda a seqüência de cerca de três bilhões de pares de bases químicas que compõem o genoma humano e assim detectar genes relacionados a doenças genéticas específicas (supõe-se que as 20 doenças mais comuns, que matam cerca de 80% da população, estejam associadas com aproximadamente 200 genes, entre as dezenas de milhares de genes que compõem o corpo humano), abrindo a possibilidade de diagnóstico precoce e de seu tratamento em nível molecular.

¹⁷³ Nos anos de 1940, os cientistas já sabiam que os cromossomos continham o material genético e que estes corpúsculos eram formados por ADN e proteínas. A maior parte dos cientistas acreditava que as proteínas eram as responsáveis por guardar a informação genética. Esta crença se devia ao fato de as proteínas serem macromoléculas com grande heterogeneidade e especificidade funcional. Por outro lado, muito pouco era conhecido a respeito dos ácidos nucleicos e o que se sabia indicava que ele não podia transportar a informação genética, suas propriedades físico-químicas eram por demais uniformes para codificar a grande variedade de características genéticas. Até a década de 70, o ADN era o componente celular mais difícil de ser analisado. A partir de então, novas tecnologias foram desenvolvidas, permitindo o isolamento e a purificação de genes específicos num processo chamado de clonagem gênica.

¹⁷⁴ O Projeto Genoma Humano, a que já se aludiu anteriormente (cf., a propósito, o capítulo terceiro), consiste em empreendimento internacional, iniciado formalmente em 1990 e projetado para durar 15 anos, dotado dos seguintes objetivos: identificar e fazer o mapeamento dos cerca de 80 mil genes que se calculava existirem no DNA das células do corpo humano; determinar as seqüências dos 3 bilhões de bases químicas que compõem o DNA humano; armazenar essa informação em bancos de dados, desenvolver ferramentas eficientes para analisar esses dados e torná-los acessíveis para novas pesquisas biológicas. PROJETO Genoma Humano Disponível em: <<http://www.geocities.com/CapeCanaveral/Hall/6405/genoma/projetogenoma3.htm>>. Acesso em: 16 maio 2004.

A ação de manipular, portanto, não é boa ou má em si mesma; há destinações que dela são feitas consideradas boas e outras que não são toleradas, por representarem eventual ameaça ao patrimônio genético da humanidade; a lei baliza sua aplicação em razão da necessidade de impor limites às modernas técnicas científicas, ao menos até que haja segurança sobre a utilização que delas será feita. Por isso, alguns autores¹⁷⁵ reconhecem a amplitude da expressão, que envolve desde o diagnóstico pré-natal e a análise de genes na fecundação *in vitro* com a transferência do embrião para implante no útero, até a manipulação do gene para fim de clonagem ou de nova combinação genética.

Regis Prado¹⁷⁶ dá à expressão um sentido amplo, no qual está contida toda a atuação da biotecnologia sobre o patrimônio hereditário humano e que abarca as técnicas de fertilização artificial, diagnósticos pré-natais; e um sentido estrito, o qual se refere à tecnologia que permite isolar genes, decodificar a mensagem celular, duplicá-los e transferi-los ao mesmo ou a outro organismo. Neste sentido, manipulação é uma expressão que corresponde à engenharia genética que se volta para o seqüenciamento do ADN e dos genes, neles contidos.

Mantovani¹⁷⁷ adverte que a noção de manipulação genética, para manter um significado unívoco e evitar ambigüidades, deve estar associada à técnica de engenharia genética que transfere partes do patrimônio hereditário de um organismo vivo a outro, criando com isso nova combinação de genes. Para o autor, a verdadeira engenharia genética tende à modificação do patrimônio hereditário do homem e não pode ser confundida com outras técnicas, que não alteram esse patrimônio e não podem ser assim qualificadas.

Este foi o entendimento do legislador de 1995, ao incriminar a manipulação de células germinais, identificando como as atividades de engenharia genética a manipulação, quando, na verdade, esta expressão é mais ampla do que

¹⁷⁵ Leia-se, sobre o tema, MANTOVANI, Ferrando. La possibilitá, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. In: FORUM INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL COMPARADO, 1989, Salvador. *Anais...* Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1989. p. 226-238.

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e Direito Penal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: ADN como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 177-202. p. 179-180.

¹⁷⁷ MANTOVANI, Ferrando. Problemas penales de la manipulación genética. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, ano 9, n. 33, p. 9-41, 1986. p. 33-34.

aquela. A engenharia genética consiste, como diz Prado¹⁷⁸, em intervenção sobre moléculas ADN e sua transmissão para organismos vivos. Dito entendimento pode ser confirmado a partir da leitura do inciso V do artigo 3º da Lei em vigor, em que o legislador definiu engenharia genética “como a atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante”, permitindo, por outro lado, outras formas de manipulação/intervenção que não penetrassem na estrutura molecular, ou seja, no ADN e nos genes que nele se encontram.

O legislador, porém, deveria ter sido mais explícito sobre a correlação que desejou estabelecer entre engenharia genética, descrita no artigo 3º da Lei como atividade de manipulação de ADN/ARN recombinante, e manipulação genética, que constitui o tipo do inciso I do artigo 13. Esta omissão, embora não constitua nenhum obstáculo à compreensão dos cientistas, obriga o intérprete à tarefa de se imiscuir em áreas que lhe são estranhas, para, afinal, concluir que, por manipulação genética, a Lei nº 8.974/95 designa aquelas intervenções em células germinais com o uso de ADN ou RNA recombinante, que alteram o patrimônio genético do ser humano, com repercussão sobre sua descendência, ou aquelas feitas *in vivo*, com fins não terapêuticos. Manipular, tal como consta do art. 13, inciso I, é, portanto, modificar o patrimônio hereditário do homem através de técnicas de engenharia genética que criam novos cursos causais, afetando a linha germinal ou, numa perspectiva mais ampla, realizar tal intervenção, como está prevista no inciso subsequente, com finalidade diversa da de tratar defeitos genéticos.

A lei alemã, de forma precisa, ao tratar da figura típica, refere-se à transformação artificial de células reprodutoras humanas, punindo a conduta daquele que modificar artificialmente uma célula reprodutora humana, assim como a de quem utilizar, para fins de reprodução, esta mesma célula, valendo-se de um genoma modificado artificialmente.

Ocorre, porém, que a Instrução Normativa 08/97 vem definir *manipulação* genética em humanos como o conjunto de atividades que permite *manipular* o genoma humano no todo ou em suas partes, isoladamente, ou como parte de compartimentos artificiais ou naturais (por exemplo, transferência nuclear), excluindo-se os processos citados no artigo 3º, inciso V, parágrafo único e no artigo 4º da Lei 8.974/95. No que diz respeito à inclusão do inciso V no rol das ações que

¹⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e Direito Penal... op. cit., p. 175-180.

não constituem manipulação genética, a citada IN gera novas dificuldades no entendimento do termo manipulação, já que a Lei equipara (Art. 3º, inciso V) engenharia genética à manipulação de ADN/ARN recombinante, conduta que, por sua vez, é proibida em diversos dispositivos e constitui o cerne da atividade que foi introduzida pela biotecnologia. Ao excetuá-las, a IN lança outras obscuridades sobre o conceito de manipulação, obrigando nova interpretação dos dispositivos referidos (inciso V, artigo 3º e art. 13 da Lei 8974, inciso I, art. 1º da Instrução Normativa 08/97). É possível o entendimento de que as condutas previstas no inciso V foram excluídas do rol das ações que constituem manipulação genética, porque nele não se faz qualquer referência a transferência do material para a pessoa humana, de forma que não se poderia pensar em afetação de suas células germinais. A prática estaria contida no âmbito dos estudos e investigações científicas.

Nos meios científicos¹⁷⁹, há uma outra compreensão da finalidade buscada pela CTNBio com este inciso I, artigo 1º da IN 08/97: tal como estavam redigidos o inciso V, do artigo 3º da Lei 8974/94 e o parágrafo único do mesmo artigo, algumas situações não se encontravam no âmbito das condutas proibidas pelo Direito brasileiro. Como a clonagem, que não envolve a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante, mas do núcleo da célula, e novas tecnologias, como aquela que, por exemplo, permite *colar*, com ajuda de anticorpo, material criado em laboratório a um espermatozóide que tenha defeitos genéticos, em suas moléculas. Com esse material, que é saudável, o espermatozóide fecunda um óvulo, gerando um ser livre da enfermidade genética anteriormente transmissível e transportada, portanto, aos descendentes. Não há, no caso, engenharia naquele sentido de intervenção sobre o gene, ou sobre moléculas de ADN/ARN recombinantes.

A terceira interpretação para a exclusão do inciso V, artigo 3º, diz respeito ao fato de que a intervenção *in vivo*, para tratamento de defeitos genéticos, permitida pela Lei, quando satisfeitos os demais requisitos do inciso II do art. 13, é feita por engenharia genética. Proibir a atividade, portanto, equivaleria a proibir qualquer forma de engenharia mesmo sobre células somáticas, como se verá.

¹⁷⁹ SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. Professor Titular de Imunologia [30 maio 2004]. Entrevista pessoal concedida a Maria Auxiliadora Minahim.

Nesse aspecto, o Projeto de Lei nº 2401/2003, com as alterações promovidas no Senado, elucida várias obscuridades contidas no texto em vigor, deixando claro que a forma de manipulação proibida é a que se faz por engenharia genética. Tanto isso é verdade que, no inciso I, do artigo 32 do Projeto, equivalente ao inciso I, do artigo 13 do diploma vigente, substituiu-se a expressão *manipulação genética* pela expressão *engenharia genética*.

A IN 08, por seu turno, amplia o conceito de manipulação já que inclui, como uma de suas formas, aquela de transferência do núcleo (“manipular genoma no todo”) e não mais apenas as moléculas de ADN (o gene, no caso), possibilitando, ademais, que outras formas de alteração de célula germinal, que não impliquem intervenção em ADN, sejam tidas como manipulação (por exemplo, o processo de *cola* descrito acima).

A par da evidente tautologia que consiste em utilizar um termo para definir-se a si próprio, a IN não resolve as dificuldades quer da lei (lacunas por ela deixadas), quer as introduzidas pelo ato administrativo mesmo, por falta de clareza. Acresça-se a isso que, em face do princípio da hierarquia das normas, a IN não dispõe de força suficiente para suplantar a Lei. Por essa razão, deve ser tomada como um instrumento de interpretação que, todavia, não vincula a decisão, sobretudo no que tange aos crimes.

O outro elemento do tipo, *células germinais*, é definido, na mesma Instrução, como sendo “células tronco responsáveis pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas, com qualquer grau de ploidia” (artigo 1º, inciso II).

Ao esclarecer o que considera como células germinais, a Instrução amplia o conteúdo do inciso I, do artigo 13 da Lei 8.974, porque introduz, ao lado delas, as células totipotentes: células embrionárias ou não, com qualquer grau de ploidia, apresentando a capacidade de formar células germinais ou se diferenciar em um indivíduo (art. 1º, inciso III). Ocorre, entretanto, que o dispositivo adota uma posição sobre o sentido dado à expressão germinal porque, mesmo entre geneticistas, não existe um consenso sobre tal significado. O termo abrange, para alguns, apenas as células haplóides (óvulos e espermatozóide), mas, para outros, o termo germinativo está ligado ao início do desenvolvimento embrionário e aos primeiros blastômeros

(células embrionárias indiferenciadas), que têm a capacidade de originar todos os tipos de células.

Não é inviável, no que concerne às células totipotentes, o entendimento de que a ampliação do tipo não pode ser feita pela CTNBio, nem da forma como foi feita. Essa interpretação afastaria a tipicidade da ação de manipulação sobre células totipotentes quando não forem transferidos para um ser, ou quando deles não forem gerados embriões para *servir como material biológico disponível*. Assim, o crime de manipular células germinais humanas estaria reduzido àquelas intervenções sobre gametas masculinos ou femininos. Já a transformação de células totipotentes, retiradas de jovens embriões, seria subsumida ao inciso III do mesmo artigo 13, que proíbe a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos, se e quando destinados a servirem como material biológico; ou constituiria hipótese do inciso I, quando utilizados para clonagem. A retirada de células totipotentes de embriões abortados espontaneamente para intervenção, porém, não poderia constituir a figura do inciso I, já que estes não podem ser incluídos entre aqueles especificados no inciso III, pois não foram gerados para especial finalidade do dispositivo.

Possivelmente para suprir a lacuna legal que a IN 08 pretendeu extirpar, o Projeto nº 2401/03, no seu art. 24, define a figura típica em apreço como “engenharia genética em célula germinal, zigoto humano e em embriões humanos”, inserindo, assim, no sistema, caso venha a ser aprovado o Projeto, nos moldes em que está atualmente configurado, um conceito restrito de manipulação, qual seja, o de intervenções sobre células germinais e sua posterior introdução no mesmo organismo, permitindo a alteração da espécie. Por isso mesmo, não se considera engenharia genética a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia, conforme condições estabelecidas no artigo 5º do mesmo Projeto: I. no caso de embriões inviáveis; II. no caso de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação desta Lei; III. no caso de embriões congelados há menos de três anos, na data da publicação desta Lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Conforme o § 1º, do artigo 5º do Projeto de Lei 2401/2003, em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

A quantidade de pena prevista para o tipo do art. 13, I, da Lei nº 8.974/95 (três meses a um ano), é inexpressiva para a tutela de um bem jurídico com o valor que tem a intangibilidade do patrimônio genético humano, quando comparada com aquela cominada no inciso III (reclusão de seis a vinte anos), que visa a proteger a intangibilidade da espécie humana para garantir sua diversidade e integridade, assim como a dignidade da pessoa humana, proibindo ações que a reduzam à qualidade de objeto. Essa distorção, de qualquer modo, poderá vir a ser corrigida pela aprovação do Projeto nº 2401/03, que, para todos os tipos que envolvem intervenções em seres humanos, comina a mesma pena, detenção de dois a cinco anos.

Há de se reforçar a constatação de que, se a manipulação, não importa se sobre gametas ou células totipotentes de embriões que não foram criados para esse fim (não viáveis, abortados naturalmente), esgotar-se em meras práticas de investigação, que, alterando as células germinais, não busque a geração de outro ser, nem haja a transferência para outro organismo, não haverá a figura delitiva do inciso I.

Essa conduta poderá, no máximo, vir a constituir uma ilicitude de caráter administrativo, se não forem atendidas as condições da lei, conforme disposição do artigo 8º. Isto porque, como diz Régis Prado¹⁸¹, manipulação em sentido estrito, consiste, tão-somente, na transferência do resultado da intervenção ao mesmo ou a outro organismo. O legislador não diz se o material manipulado será utilizado para geração de outro ser, se será transferido para uma pessoa (experiências com gêmeos para serem gestados em úteros diferentes, por exemplo, eugenia) ou se, simplesmente, será objeto de investigação científica.

A consideração do bem jurídico protegido conduz à interpretação de que, quando se tratar de mera experimentação *ex-vivo* (até porque não foram previstos resultados que, ultrapassando a simples conduta descrita, pudessem resultar em dano para a pessoa, a exemplo do que ocorre com o inciso II), com células provenientes de embriões já inviabilizados, e não for gerado outro ser, tal ação não seria considerada manipulação para efeitos penais. Poder-se-ia, neste caso, compreender a prática como exercício de atividade de pesquisa científica, sujeitando-a às regulamentações que forem necessárias.

¹⁸¹ PRADO, Luiz Régis. Manipulação Genética e Direito Penal..., op. cit., p. 180-181.

Desse modo, há duas situações a serem consideradas: se a manipulação se esgotar em meras práticas de investigação, que, alterando as células germinais, não impliquem a transferência a um organismo, não haverá a figura delitiva do inciso I do artigo 13; se a célula manipulada for transferida para um ser com o fim de gerar um novo indivíduo com as configurações que se deseja, ter-se-á, mais propriamente, configurada a ação que se deseja evitar, porque tal ação repercutirá sobre a descendência do ser humano, atingindo o bem jurídico tutelado: a integridade do patrimônio genético da humanidade.

Caso, em razão dos meios utilizados, resulte dano para a saúde da pessoa, dar-se-á concurso do crime em questão com o crime de homicídio ou de lesões corporais, conforme o caso. Se a lesão for ao feto, sem resultar em aborto, a conduta será atípica, porque o Direito brasileiro não contém, como o faz o Código Penal espanhol de 1995 (artigos 157 e 158), uma figura típica que trate de lesões fetais dolosas ou de imprudência grave.

Entre as formas de manipulação proibida, a se considerar válida a ampliação empreendida pela IN 08, pode-se entender que estão incluídas a eugenia, a hibridação, a formação de quimeras e a clonagem, embora o princípio da taxatividade desaconselhe a recepção de todas essas espécies no inciso I, pela vagueza como foi redigido.

6.3 Manipulação eugênica

A eugenia é feita através de manipulação gênica de linha germinal, tendo como finalidade substituir genes defeituosos e causadores de enfermidades por genes sadios correspondentes. A eugenia tem como objetivo uma busca de melhoria da espécie humana, seja eliminando doenças hereditárias, seja pelo apuramento de características. Isto ocorre porque as técnicas de engenharia genética permitiram que certas doenças hereditárias pudessem ser curadas por terapias gênicas, mas não impediram que, ainda que um paciente fique totalmente curado de uma doença, venha eventualmente a transmiti-la aos seus descendentes, porque as células germinais não são afetadas pelas alterações, produzidas nas células somáticas a partir do tratamento.

Fala-se em eugenia negativa (medidas que evitam a transmissão de caracteres não desejáveis, sobretudo de genes que provocam doenças) e em eugenia positiva (ações destinadas a favorecer a transmissão de caracteres mais próximos de um arquétipo preconcebido). No primeiro grupo, estão alinhadas providências como o aborto, controle de natalidade, proibição de casamento entre indivíduos com alto risco genético, infanticídio – se o recém-nascido constitui uma sobrecarga em razão dos problemas de que é portador. O segundo grupo de possibilidades foi ampliado pelas técnicas de engenharia genética, nas quais se devem incluir aquelas voltadas para a reprodução assistida. A neo-eugenia reaviva práticas e fantasias que, segundo Amândio S. Tavares¹⁸², foram banidas da genética em razão do desastre eugênico da Segunda Guerra Mundial e da posterior recuperação da identidade de povos como o judeu, então tidos como elimináveis.

Hoje, o que se busca, prioritariamente, é a eliminação de enfermidades hereditárias que podem ser evitadas graças às técnicas de mapeamento, identificação e isolamento de genomas.

Diversos procedimentos viabilizam a eugenia positiva, desde a seleção de gametas, impedindo que se façam certas fecundações, nas quais o sexo do embrião está ligado a uma enfermidade e a diagnósticos pré-implantatórios, os quais permitem que apenas os embriões saudáveis sejam gestados.

Silva Franco¹⁸³ distingue, ainda, o que chama de engenharia genética sobre células germinativas em terapêuticas e não terapêuticas, incluindo, no primeiro grupo, aquela voltada para a eliminação das imperfeições do genoma, que criam enfermidades hereditárias.

Os problemas genéticos que as modernas técnicas de manipulação pretendem corrigir, através da transformação de células germinais, são doenças produzidas como consequência de anomalias hereditárias da estrutura genética. Algumas delas se manifestam desde o nascimento, como as anomalias congênitas, enquanto outras se desenvolvem durante a infância e a idade adulta. Fala-se em cerca de três mil imperfeições que criam enfermidades hereditárias, algumas das quais, segundo os cientistas, poderiam ser sanadas com a terapia que é

¹⁸² TAVARES, Amândio S. Eugenia e Sociedade. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter. (Coords.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996. p. 247-256.

¹⁸³ FRANCO. Alberto Silva. *Genética humana e Direito...* op. cit., p. 5.

proporcionada pela manipulação genética. São citados como exemplos mais destacados: a fibrose cística, a Corea de Huntington, o daltonismo, a distrofia muscular de Duchenne, a hipercolesterolemia familiar (aumento do nível de colesterol), a hemofilia A, a neurofibromatosis tipo 1, a fenilcetonúria, a anemia de células falciformes, a enfermidade de Tay-Sachs e a talassemia.

Outras alterações genéticas não afetam alguns genes em concreto, mas a todo o cromossoma ou um segmento cromossômico, como ocorre com a presença de três cópias do cromossoma 21, que produz a síndrome de Down, situação na qual não existe nenhuma alteração dos genes dos cromossomas. As alterações cromossômicas podem consistir também em duplicação perdida, ruptura ou reorganização de material cromossômico. Tais alterações afetam 7 de cada 1.000 nascidos vivos, e são responsáveis por cerca de 50% dos abortos espontâneos ocorridos nos três primeiros meses de gestação.

Diversos fatores podem ainda contribuir para o surgimento de anomalias, ou seja, há situações que não resultam de um erro concreto na informação genética, mas de uma combinação de pequenas variações que, em conjunto, produzem ou predis põem o desenvolvimento do processo. Embora tais fenômenos sejam mais comuns em determinadas famílias, sabe-se que certos fatores ambientais, como estilo de vida e dieta alimentar, podem também influir no aparecimento da enfermidade. São exemplos de alterações multifatoriais a doença arterial coronariana e a diabetes mellitus¹⁸⁴.

Apesar da constatação da existência de uma base orgânica para essas anomalias, afirma-se que alguns desses processos são afetados por fatores externos¹⁸⁵ e também que eles têm um papel a desempenhar na defesa do organismo contra agentes de origem ambiental. Tavares¹⁸⁶ alerta para o fato de ser ainda recente a intervenção da genética para fins de eugenia (cerca de apenas 20 anos), razão por que seus resultados ainda são pouco conclusivos. O mesmo autor

¹⁸⁴ O endereço <<http://www.terra.com.ve/aldeaeducativa/temas/tareas23c0f.html>> contém diversas informações sobre anomalias genéticas e conexões para outros endereços científicos. Acesso em: 29 jul. 2003.

¹⁸⁵ Pesquisas recentes sobre a influência de genes BRCA1 e BRCA2, tidos como responsáveis num percentual de até 80% pelo desenvolvimento de câncer de mama, indicam que esse tipo de tumor também está associado ao sedentarismo, a dietas ricas em gordura e ao excesso de peso.

¹⁸⁶ TAVARES, Amândio. *Eugênia e Sociedade*, op. cit., p. 108.

alerta, no que tange à interação com o meio ambiente, que certas doenças resguardam o organismo contra agentes externos, como o gene da anemia drepanocítica, comum no oeste africano, que protege da infestação palúdica, e genes de determinadas formas de diabetes que permitem maior sobrevivência em períodos de fome.

Essa apreciação sobre a interdependência entre homem e ambiente é fundamental porque, ao reduzi-lo a mero objeto da natureza, cujas qualidades podem ser alteradas, o que se perde, segundo Slavoj Žižek, “não é (somente) a humanidade, mas a própria natureza”¹⁸⁷. Como defender a idéia de autonomia, indaga o mesmo autor, quando se pode saber que é possível, por exemplo, sofrer-se de Mal de Huntington, enlouquecendo, em razão de um erro de transcrição genética?

Não se deve perder de perspectiva, porém, que, por detrás de todo o discurso de racionalidade, da necessidade de tutela de bem jurídico supra-individual, da adequação do Direito Penal às demandas da pós-modernidade, inegavelmente existem outros medos e angústias do ser humano, que receia ver-se atingido em sua própria identidade, ainda que isso não passe de uma impressão subjetiva.

As possibilidades de intervenção no legado genético humano envolvem apreciações de natureza ética, que vão desde possibilidade (e moralidade) de os pais encomendarem filhos com as características desejadas, incluindo aparência física, a questionamentos sobre a necessidade de preservação do patrimônio genético da humanidade e sobre a salvaguarda da autonomia humana em face das manipulações. Se a contingência determina nossas vidas, a exemplo do que ocorre com a repetição gaguejante da “palavra” CAG (citosina-adenina-guanina), que produz o Mal de Huntington, e se tais fatos podem ser intencionalmente alterados, essas novas “condições nos forçam a transformar e reinventar as próprias noções de liberdade, autonomia e responsabilidade ética”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ ŽIŽEK, Slavoj. A falha da Bioética. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 5-8, 22 jul. 2002. Tradução de Luis Roberto Mendes Gonçalves.

¹⁸⁸ Id., *Ibid.*, p. 5.

De outro lado, pode-se indagar, como fez Watson¹⁸⁹, por que, sendo possível reconfigurar o ser humano, através da engenharia genética, não se deva fazê-lo? É fato constatável que os resultados da evolução podem ser cruéis, já que incidentes aparentemente inexpressivos podem marcar a pessoa definitivamente, impedindo-a de gozar uma vida em plenitude.

A legislação brasileira vigente, quando comparada com outras também restritivas, pode ser considerada das mais limitantes, no particular, em razão das proibições que estabelece.

O Direito espanhol permite que essas técnicas sejam utilizadas para a prevenção e tratamento de enfermidades de origem genética (Art. 13 da Lei 35/1998), mas pune, como infração muito grave, “a seleção do sexo ou a manipulação genética com fins não terapêuticos ou terapêuticos não autorizados” (art.20.2). Da mesma forma, a Lei sobre Proteção de Embriões da Alemanha incrimina a seleção de espermatozóide que tenha como objetivo a pura eleição de sexo da pessoa que será gerada. Fica isento de pena, porém, o médico que assim proceder com o fim de evitar enfermidade grave, vinculada apenas a determinado sexo (distrofia muscular, por exemplo, ou outra considerada da mesma gravidade pelo órgão competente).

Para o Direito francês, através das Leis 94.653 e 94.654, ambas de julho de 1994, as restrições que se fazem à total liberdade no uso de técnicas genéticas têm como objetivo prevenir os perigos que ameaçam a integridade da espécie humana, com práticas eugênicas que visem à seleção de pessoas. Dessa forma, além de dispor que ninguém pode atentar contra esta integridade e proibir toda a prática eugênica voltada para a seleção de pessoas, pune (artigo 511-1, Lei 94.653) tais ações com pena de 20 anos de reclusão.

Na Noruega, também é proibida a eleição de sexo, salvo no caso de doença hereditária incurável (artigo 4.3 da Lei 56 de 24 de agosto de 1994).

No Brasil, o Projeto de Lei do Senado, de nº 90, com seus substitutivos, que disciplinam a procriação assistida, prevêm a possibilidade de seleção do sexo em razão de riscos genéticos de doenças a ele relacionadas. A conduta é, porém

¹⁸⁹ Apud STOCK, Gregory; CAMPBELL, John. *Engeneering the Human Germline: an exploration of the Science and Ethics of altering the genes we pass to our children*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 79-85.

hoje, proibida sob a forma genérica do inciso I, do artigo 13 da Lei nº 8.974/95. Sendo aprovado o novo diploma legal, em razão do princípio da especialidade, esta forma peculiar de manipulação será autorizada pela lei especial, ficando as demais espécies sujeitas à Lei já em vigor. A dispersão de normas sobre a matéria, por si só tão complexa, introduz, mais uma vez, dificuldades no ordenamento jurídico, impedindo que ambas tenham plena eficácia.

O crime de manipulação genética atenta contra a inalterabilidade de características humanas e sua diversidade genética. Tais dispositivos protegem, nesta perspectiva, a dupla dotação genética masculina e feminina, como quer Casabona¹⁹⁰, assegurando-se um equilíbrio que permita, inclusive, a continuidade da espécie (se o futuro mostrar que procriação ainda será feita pelos meios tradicionais). É evidente que não se poderá impedir a cada nação, no exercício de sua soberania, adotar posições mais arrojadas, apesar da existência de acordos e declarações supranacionais a propósito do tema, como a já citada Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Recomendação do Conselho da Europa, de 26 de janeiro de 1982 (que reafirmam, como conteúdo da dignidade humana, o direito de herdar características genéticas que não tenham sofrido nenhuma manipulação).

A ação incriminada e as múltiplas conseqüências de sua prática (eugenia, hibridação, clonagem, formação de quimeras, e outros procedimentos similares) não causam dano concreto ao bem jurídico protegido, qual seja, a incolumidade do patrimônio genético, mas um perigo que se presume existir e que seria ínsito à própria conduta, independentemente do exame da situação em concreto. A própria existência de ameaça de dano, no entanto, é questionável, se a referência para sua avaliação for o mundo das coisas, porque esta ameaça depende do juízo que se faça sobre o desvalor, ou não, da ação. Caso se acredite que a humanidade deva usufruir todos os benefícios que lhe são disponibilizados pela ciência, falar de eugenia, ou outro termo que honrosamente o substitua, não significa uma repetição das idéias nazistas ou a perspectiva de dano para a humanidade e sim uma ação meritória. Se o que se teme e deseja impedir é a construção de uma humanidade mediatizada, em sua estrutura orgânica, pela ciência, poder-se-á, então, falar em perigo que se configura nas práticas manipulatórias.

¹⁹⁰ ROMEO CASABONA. Carlos Maria. *Do gene ao Direito...* op. cit., p. 1.

O que, de logo, se pode afirmar é a existência de subjetivismo na representação desse perigo porque ele corresponde ao medo de conseqüências das intervenções humanas sobre a natureza e a sua irreversibilidade. A filosofia¹⁹¹ tem discutido essa crença no naturalismo – que consiste em *ter fé* na sempre acertada e sábia atuação dos genes. É possível compreender, todavia, as razões do legislador para que não aguarde a ocorrência do resultado para então caracterizar a ilicitude; o Direito Penal, mesmo atrelado ao princípio da intervenção mínima, não pode pretender ser, ele próprio, um instrumento de reengenharia da natureza humana, ou seja, no particular o Direito Penal não pode deixar de acolher essa demanda e, ao fazê-lo, legitima um anseio da sociedade, ainda que pareça fruto de irracionalidade.

6.4 Clonagem

A clonagem, em torno da qual muito se tem especulado, de maneira, não raro, sensacionalista, tem sido tratada como uma hipótese de configuração do mesmo art. 13, I, da Lei 8.974/95, já que é possibilitada por técnica de manipulação genética em sentido amplo. Silva Franco¹⁹², nesse passo, entende que, entre as hipóteses de manipulação, estão compreendidas a clonagem de pessoas e a hibridação.

Ocorre, todavia, que, diante da exigência de taxatividade, da maior explicitação possível sobre o fato censurável que constitui o tipo e considerando que, como se disse anteriormente, ao tratar de manipulação genética, a Lei pretendeu referir-se à *engenharia genética* (técnica que não inclui a clonagem), pode-se questionar se se deve subsumir a conduta de clonagem ao inciso I do artigo 13. A vagueza do dispositivo e a sua incompletude atentam, como já foi dito, contra a determinação e a clareza de que se deve valer o legislador ao redigir um tipo penal.

A Instrução Normativa 08/97 pretende suprir esta omissão, estabelecendo, no artigo primeiro, o conceito de clonagem em humanos (processo de reprodução assexuada

¹⁹¹ Confira-se, a respeito, LOUREIRO, João Carlos. Protocolo Adicional Comentários Finais. In: *DIREITOS do Homem e Biomedicina*. Porto: Instituto de Bioética da Universidade Católica do Porto, 2003. p. 171-203.

¹⁹² FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e Direito...* op., cit., p. 8.

em humanos, inciso IV) e de clonagem radical (processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula ou de um conjunto de células geneticamente manipuladas ou não, inciso V). Veda, ainda, no artigo segundo (inciso II), experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem. Permanecem válidas aqui as ponderações anteriormente feitas acerca da possibilidade de alargamento do tipo penal por força do advento da IN referenciada. Na verdade, na medida em que o princípio da legalidade concretiza direitos fundamentais, constituindo o que Larenz¹⁹³ denomina de princípios com forma de proposição jurídica, qualquer tentativa de sua flexibilização, deve ser repudiada e considerada inconstitucional.

A clonagem de pessoas, com fins reprodutivos, é proibida em protocolos internacionais¹⁹⁴ e na legislação de alguns países. Tem-se considerado a Declaração da UNESCO de 1997 sobre o "genoma humano e direitos humanos" como o documento mais importante, dentre os que condenam a clonagem reprodutiva (a Declaração foi aprovada pela Conferência Geral da UNESCO de 11.11.1997) que, todavia, não é dotada de obrigatoriedade.

O Protocolo Adicional à Convenção de Direitos do Homem e da Biomedicina sobre a Proibição de Clonagem do Conselho da Europa, aberto à subscrição dos Estados-membros do Conselho da Europa em 1997, no ponto 2, distingue três situações: clonagem de células, uso de células embrionárias em procedimentos de clonagem e clonagem de seres humanos, proibindo apenas esta última e pondo sob moratória a segunda.

A clonagem em laboratório pode ser feita, basicamente, de duas formas: separando-se as células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular ou pela substituição do núcleo de um óvulo por outro núcleo, proveniente de uma célula de doador já existente.

¹⁹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 683.

¹⁹⁴ LOUREIRO, João Carlos. *Clonagem: o risco e o desafio*. Porto: Universidade do Porto, 2000; THE CORNERSTONES for a Prohibition of Cloning Human Beings laid down in the European Convention on Human Rights and Biomedicine, *European Journal of Health Law*, Netherlands, n. 4, p.189-193, 1997; LOUREIRO, João Carlos. Protocolo Adicional: comentários finais, op. cit., p. 187. O autor indica ainda, no mesmo sentido, BELLVER CAPELLA, Vicente. *Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*. Granada: Editorial Comares, 2000.

Fala-se em clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica. Por clonagem não reprodutiva, entende-se o processo de transferência nuclear de uma célula somática para ovócito enucleado, com o fim de extrair, do embrião resultante, células estaminais que, depois de diferenciação *in vitro*, possam ter utilidade terapêutica. A expressão não-reprodutiva não significa que não será gerado um outro ser, porque é imprescindível, para o êxito da técnica como recurso terapêutico, que se obtenha um embrião. Devidamente estimulado, inicia-se o desenvolvimento do zigoto até que, em torno dos sete dias, tem lugar uma diferenciação entre uma zona externa (que se transformaria em placenta) e uma massa celular interna (que daria lugar aos tecidos). Desta parte do jovem embrião são retiradas algumas células para serem cultivadas separadamente, as quais, pelo poder que têm de transformarem-se em qualquer dos futuros tecidos do ser, são denominadas de totipotentes.

Tal procedimento (gerar embriões para servir como material biológico) constitui a figura contida no inciso III que dispõe sobre: a “produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível” e, apenas para evitar o fracionamento do tema, será tratado neste espaço, juntamente com a clonagem reprodutiva (esta sim, objeto do inciso I). Como se pode constatar, o resultado imediato de uma ou de outra clonagem é o embrião e, apenas a finalidade, como disse João Loureiro¹⁹⁵, é que torna possível distingui-las. Também assim pensa Archer, para quem todos os passos da clonagem terapêutica e reprodutiva, exceto o último, são idênticos e não revelam por si próprios a finalidade da intervenção. Assim, a permissão para a clonagem terapêutica poderia servir como recurso fraudulento, segundo o mesmo autor, para que um cientista cumprisse todas as etapas da clonagem terapêutica e, ao final, tivesse como objetivo a reprodução.

A possibilidade de clonagem abre espaço para a terapia celular que se faz exatamente com a transferência de células para tecidos ou órgãos lesados, e tem sido anunciada como uma grande alternativa na superação de algumas enfermidades. O uso de células embrionárias totipotentes, por seu poder de criar

¹⁹⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Protocolo Adicional: comentários finais*, op. cit., p. 187.

qualquer tecido, constitui, nesse contexto, material cobiçado por cientistas, alimentando esperanças em enfermos crônicos incuráveis ¹⁹⁶.

No caso de tais células provirem de embrião abortado espontaneamente, considerando-se a finalidade terapêutica da conduta, e, ainda, que o bem jurídico “intangibilidade do patrimônio genético da humanidade” não foi afetado, a censura sobre a conduta não tem a dimensão suficiente para configuração de crime.

Entendimento semelhante deve ser adotado se a cultura se faz sobre células multipotentes, encontradas em adultos, com poder de leitura do código genético. Experiências recentes indicam a possibilidade de serem cultivados tecidos a partir de células-tronco AS, que estão presentes em órgãos de pessoas adultas. Trata-se de células que estão em um processo continuado de divisão para manter o número de células diferenciadas de certos tecidos que estão submetidos a um desgaste natural. Aquelas que têm um elevado ritmo de renovação (*turnover*) são substituídas através de proliferação, diferenciação e morte programada. Constituem exemplo significativo as células-tronco hematopoiéticas da medula óssea e as células epiteliais do intestino delgado. Conforme Lacadana ¹⁹⁷, trata-se de células multipotentes e não pluripotentes porque têm um potencial de diferenciação inferior ao das células pluripotentes e também podem ser encontradas em tecidos fetais.

Enfrentando de forma mais clara o tema da clonagem para finalidades terapêuticas, o Projeto nº 2.401/2003, na versão aprovada na Câmara, conquanto proibisse a intervenção em material genético *in vivo*, permitia esse tipo de clonagem para obtenção de células-tronco (art. Art 5º, V, *b*). Na forma do substitutivo do Senado, apenas a clonagem humana é tipificada como crime (art. 26), de forma que se entende excepcionada da proibição a clonagem terapêutica.

A clonagem reprodutiva, por seu turno, visa a proporcionar o nascimento de filhos em casais inférteis, ou substituir uma pessoa querida já morta, e para fins de eugenia. O processo tem sido identificado com aquele que ocorre nos gêmeos

¹⁹⁶ Estudo feito na USP demonstra a possibilidade de restauração de passagem de estímulo nervoso por área lesada da medula de pacientes paralisados, graças ao uso de células-tronco adultas em doze paraplégicos e tetraplégicos, conforme noticiado em matéria jornalística elaborada por LOPES, José Reinaldo. Célula-tronco dá sensação a tetraplégico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A14, 5 nov. 2003.

¹⁹⁷ LACADENA, Juan-Ramón. Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 12, p. 191-211, 2000.

univitelinos, já que estes provêm de uma mesma célula inicial, embora, no caso de uso da tecnologia, ele seja realizado com células somáticas do doador para implante em ovócito.

São inúmeros os argumentos de natureza ética, religiosa, filosófica e, inclusive, jurídica, que são apresentados, tanto na justificação do uso da técnica, como em seu repúdio. Movimentos feministas conseguiram somar, a estes, razões de gênero e inseriram, no rol dessas questões, a possível separação entre sexualidade e reprodução humana que a clonagem pode determinar. O pensamento não é apocalíptico, porque alguns cientistas chegam a afirmar que gerar crianças através da atividade sexual será uma raridade no futuro, quando as pessoas puderem compreender que a tecnologia permite, da mesma forma que o meio ambiente sadio, a geração de filhos mais saudáveis.

Há, ainda, argumentos que enfatizam os direitos da criança que é duplicada à identidade pessoal, à individualidade e à singularidade, que são lesadas com o processo de clonagem. Acrescenta-se que a dignidade humana como um todo é atingida, à medida que as mulheres e as próprias crianças são tratadas como instrumentos para atender ao interesse de outras pessoas, como se fossem produtos comerciáveis confeccionados de acordo com modelos desejados. Destaca-se também que a técnica pode causar problemas de saúde no nascituro, já que não se detém conhecimento suficientemente seguro sobre esta.

De outro lado, adverte-se que o homem não é apenas um ser biológico, mas também cultural, atuando, nessa qualidade, sobre os fenômenos naturais para conformá-los segundo seus projetos de vida. A clonagem atenderia a esses interesses, seja porque proporciona mais recursos em face de enfermidades, minimizando o sofrimento, seja porque proporciona mais felicidade na superação das dores da perda e a da infertilidade.

O bem jurídico tutelado é, ainda, a inviolabilidade do patrimônio genético atingido, no que diz respeito ao direito à individualidade e à condição de ser único, que deve ser garantida à pessoa humana. Os opositores da clonagem têm enfatizado que a prática conduz à destruição de embriões, conseqüência também indesejável deste procedimento. A criação de seres especializados atenta, ademais,

contra a diversidade genética que, como diz Romeo Casabona¹⁹⁸, tem um papel na preservação do ser humano contra certas formas de ataques externos.

De fato, há outras lesões causadas pela clonagem inclusive sobre o meio ambiente atingido em sua diversidade. Os movimentos ambientalistas destacam que a natureza constitui um todo complexo e que as diferentes partes de um ecossistema são mutuamente interdependentes sob aspectos que nem sempre são percebidos. Segundo Francis Fukuyama¹⁹⁹, os 30.000 genes do genoma humano quando comparados com os 14.000 de uma mosca não expressam uma grande superioridade, mas são suficientes para demonstrar que muitas das funções humanas mais importantes são controladas pela complexa interação dos múltiplos genes. Deste modo, as tentativas de intervenção em algumas de suas partes podem ter conseqüências desastrosas sobre o todo.

O tom ameaçador com que essas colocações são feitas leva autores, como Archer²⁰⁰, a afirmar que os motivos de proibição da clonagem são anseios místicos e pavores irracionais (embora o autor não se deixe seduzir pelos sonhos da clonagem reprodutiva, que revela serem de um egoísmo inconfessável). Seja como for, medo ou valor a ser preservado, ou mera racionalização do temor, a inalterabilidade do patrimônio genético surge como bem jurídico a ser protegido contra ações dessa natureza.

Não é recente a idéia de que os dotes de alguns seres devem ser tomados como próprios por outros. Na verdade, a humanidade sempre manifestou o desejo de se apropriar, ainda que pela via da destruição, de qualidades de certas pessoas, para o benefício e a felicidade de outras, mesmo que manifestasse esta pulsão simbolicamente. Isso ocorreu em histórias como *João e Maria*, dos irmãos Grimm, em que a carne cevada das crianças era ambicionada pela bruxa; pela via do sacrifício de jovens virgens oferecidas em holocausto para a fertilidade da terra; pela ingestão do inimigo capturado na guerra cujas qualidades se transmitiriam ao que o abateu.

¹⁹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Do Gene ao Direito*, op. cit.

¹⁹⁹ FUKUYAMA, Francis. In defense of nature human and non-human. *World Watch*, Washington DC, v. 15, n. 4, p. 30-32, 2002.

²⁰⁰ ARCHER, Luis. Comentário ao Protocolo que proíbe a clonagem de seres humanos. In: *DIREITOS do Homem e Biomedicina*. Porto: Instituto de Bioética da Universidade Católica do Porto, 2003. p. 165-170. p. 167.

No caso dos pré-embriões, essa apropriação pode ser levada a cabo com mais tranqüilidade, porque os benefícios resultantes de sua destruição são objetivamente comprováveis; além do que a vítima até pode perder esta qualidade, porque, não sendo considerada pessoa, embora esteja no mundo natural, não está no mundo jurídico.

No que tange ao jovem embrião, tem-se recomendado cautela em sua manipulação. Assim, segundo o legislador francês, a investigação que lese a integridade do embrião *in vitro* não deve ser realizada (Artigo L.152-8, lei 94-654/94, Código de Saúde Pública), enquanto, para o espanhol, esta prática, desde que realizada sobre embriões não viáveis, é lícita. Para os alemães, como se viu, constitui crime qualquer manipulação sobre embrião.

Muitos países têm buscado proibir a clonagem, mas usam, por vezes, uma linguagem que cria certas ambigüidades. Na Alemanha, por exemplo, A Lei de Proteção aos Embriões, já referida anteriormente, pune com pena de até seis anos aquele que gere um embrião humano com o mesmo genoma de outro embrião, feto, ser humano ou pessoa morta. Da mesma forma, a Espanha, a Austrália e a Austrália Ocidental incriminam a clonagem, assim como outros procedimentos que possibilitem o nascimento de ser humano idêntico. A clonagem, porém, como se disse, inclui ADN mitocondrial da mulher, cujo óvulo está sendo usado, de forma que o clone não terá um genoma completamente idêntico ao do doador, a não ser quando a mulher que doou o óvulo seja a mesma que houver doado a célula somática.

Se feita com a mesma "técnica de Dolly", ou seja, de transferência de núcleos de células somáticas (TNCS), a clonagem admite uma interpretação que conclua não se tratar de pesquisa com embriões, sendo lícita no que tange a esse aspecto. A técnica TNCS utiliza um procedimento experimental que requer um óvulo para criar um embrião e, uma vez que este é criado, não há mais necessidade do uso de nenhuma técnica experimental. O embrião resultante pode ser implantado numa mulher usando a mesma técnica clínica padrão da fertilização *in vitro* (FIV).

Os britânicos aprovaram normas que disciplinam a FIV e tecnologias correlatas, reunidas no *Ato de Fertilização e Embriologia Humanas* de 1990 (AFEH). O Ato exige que as atividades nele previstas, tais como criação, armazenamento e uso de embriões humanos fora do corpo, sejam apenas realizadas em instalações

licenciadas. Além disso, no campo da manipulação, somente as atividades relacionadas no Ato, ou aprovadas pela Agência de Fertilização e Embriologia Humanas, podem ser realizadas. Certas atividades, tais como a implantação de um embrião humano num animal, são absolutamente proibidas. A lei define "embrião" como um "embrião humano vivo em que a fertilização está completa" ou um "ovo em processo de fertilização". Acreditava-se, na Inglaterra, que a clonagem humana reprodutiva estava proibida pelo Ato em apreço porque não estava listada como uma das atividades permitidas com embriões humanos, valendo-se da inversão do axioma segundo o qual "tudo que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado".

Em novembro de 2000, a Aliança Pró-Vida ajuizou uma ação, alegando que os embriões criados por clonagem não estavam cobertos pelo AFEH, tendo a Alta Corte Britânica decidido a seu favor. O Parlamento aprovou então nova legislação, incriminando a conduta de implantar "numa mulher um embrião humano que tenha sido criado de outra maneira que não a fertilização", punível com até dez anos de prisão. Mais recentemente, um tribunal superior decidiu que um embrião humano criado por clonagem estava, de fato, coberto pelo AFEH ²⁰¹.

Nos Estados Unidos, George W. Bush, pouco tempo depois de assumir a presidência, revogou as regulamentações de natureza liberal sobre a clonagem humana, propostas pelo Governo Clinton em abril de 2001, mas, em agosto do mesmo ano anunciou que permitiria financiamento público à pesquisa com células-tronco embrionárias, restringindo-as, no entanto, a embriões congelados (mais de 100 mil) e estocados em clínicas de fertilização assistida. As pressões políticas, de acordo com a revista *Time*²⁰², tiveram como tema a perda do vanguardismo americano que poderia ser assumido por países europeus, com investimentos americanos. Em julho de 2001, a Câmara de Representantes do Congresso aprovou a proibição da clonagem de embriões humanos, tanto para fins de reprodução, como para fins de pesquisa, incluindo a produção de células-tronco que podem ser usadas em terapia. Para o crime, foi prevista pena de multa de um milhão de dólares e dez anos de privação de liberdade.

²⁰¹ ANNAS, George J. et al. Protecting the endangered human. *American Journal of Law and Medicine*, Boston, v. 28, p. 151-178, 2002.

²⁰² RATNESAR, Romesh. A. Better Harvest. *Time*, New York, p. 42, Aug. 13 2001.

Na realidade, além de limitações como as supracitadas, a incriminação da clonagem, depende da explicitação de outros conceitos anteriores, tais como ser humano, embrião, experimentação. O já referido Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina proíbe a criação de embriões humanos para fins de investigação, mas a vedação fica a depender de, exatamente, de como cada país membro entenda o que seja embrião, humano e investigação. Archer²⁰³ lembra a possibilidade de o ovócito transnucleado não ser considerado ser humano (tendo-se em vista a forma como foi obtido) em alguns dos países que subscreveram o Protocolo ou não ser tido como embrião, por ter menos de 14 dias e, assim, não reunir as condições necessárias para que possa ser designado como tal.

Daniel Soutullo²⁰⁴, interpretando o Protocolo, afirma que a proibição nele contida refere-se apenas à criação de embriões para experimentação o que não inclui a finalidade terapêutica. A experimentação, diferentemente, não tem como objetivo imediato o fim de tratamento, podendo resumir-se em pesquisa e estudos. O Código Penal espanhol (artigo 161.1) de forma mais restrita e explícita proíbe a fecundação de óvulos com qualquer fim distinto da procriação humana. As objeções a tais formas de manipulação resultam do fato de que, durante o processo de obtenção de células totipotentes, os embriões são destruídos. Para aqueles que consideram que a individualidade gerada desta forma não passa de uma massa celular indiferenciada, sua destruição para salvar vidas adultas enfermas é eticamente aceita e recomendável.

Por isso mesmo, há cientistas que afirmam que é indefensável a criação de embriões para servirem como material biológico disponível para fins terapêuticos, e que devem ser aproveitadas outras linhagens celulares, não embrionárias, para os mesmos fins. Alerta-se para o fato de que, na verdade, a cultura de células pode substituir e evitar a proposta de utilização de embriões²⁰⁵ que são obrigatoriamente aniquilados.

²⁰³ ACHER, Luis. Comentário ao protocolo... op. cit., p. 168.

²⁰⁴ SOUTULLO, Daniel. Clonación humana no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de tejidos para la transplatación. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 12, p. 213-223, 2000.

²⁰⁵ Vide trabalhos do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialmente, GOLDIM, José Roberto. *Clonagem: aspectos biológicos e éticos*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 21 jun. 2003.

No Brasil, ora se entende que a clonagem já é proibida pela Lei 8974/95 complementada pela Instrução Normativa nº 08/97 que veda qualquer manipulação genética de células humanas germinativas ou células-tronco e também qualquer experimento de clonagem humana, ora se apresentam projetos de lei sobre a matéria, como se não houvera uma disciplina anterior.

Projetos sobre a matéria estão tramitando no legislativo brasileiro, sendo o primeiro (Projeto de Lei Nº. 2811 de 1997) de autoria do deputado Salvador Zimbaldi (PSDB-SP), ao qual foram apensados os demais. O projeto proíbe experiências e clonagem de animais e seres humanos, enquanto dois outros subseqüentes²⁰⁶ incriminam a ação de quem utilizar qualquer técnica destinada a reproduzir o mesmo biótipo humano, vedando também a pesquisa e a realização de experiências destinadas à clonagem de seres humanos. Como já anteriormente salientado, o Projeto nº 2401/2003 contém disciplina mais clara a respeito do tema, incriminando a clonagem humana (art. 26) e silenciando a respeito da clonagem terapêutica para a obtenção de células-tronco.

Seria possível, de fato, concluir pela inexistência de figura que contenha a incriminação da conduta, em razão da formulação do inciso I, do artigo 13 da Lei 8974/95 que trata genericamente de manipulação de células germinais humanas, o que na verdade consubstancia múltiplas condutas, ofendendo o princípio da taxatividade.

6.5 Híbridaçã o e quimeras

Entre essas condutas possíveis de serem tipificadas no inciso I, encontram-se, ainda, a hibridaçã o e a geraçã o de quimeras, formas de intercâmbio genético.

Philippe Lherminier²⁰⁷, geneticista do Centro de Pesquisa Científica na França, ao tratar das múltiplas possibilidades que poderiam ser abertas com a hibridaçã o, diz que angústias remanescentes na humanidade impedem que se transponham certas barreiras que alteram características das espécies. O autor diz

²⁰⁶ Os projetos em curso encontram-se resumidos, em anexo, no final deste trabalho.

²⁰⁷ LHERMINIER, Philippe. La transgression de la barrière d'espèce. In: FERENCZI, Thomas. (Dir.) *Changer la vie?* Belgique: Editions Complexe, 2001. p. 67-83.

que existe uma conveniência na crença de que as espécies são intangíveis e também de que, se o homem violar certas leis da criação, sofrerá graves conseqüências, isto porque as espécies, ordenadas e postas como estão, revelariam a perfeição de Deus.

As idéias contrárias à engenharia genética para a reconstrução do ser humano alinham-se em favor da ordem absoluta e contra o caos que surgiria em conseqüência da violação; põem-se ao lado da natureza, contra a “demonização” do conhecimento, e, por fim, pressionam pela criação de tantos tipos penais quanto os horrores temidos.

A hibridação é considerada como uma das maiores transgressões às leis da natureza, assim como a possibilidade de formação de quimeras, ou seja, de novos seres produzidos por técnicas que visam um intercâmbio genético entre humanos e outras espécies.

A expressão quimera denomina, tradicionalmente, um monstro da mitologia com o corpo integrado por partes de diferentes animais (cabeça de leão, corpo de cabra e cauda de dragão), mas no campo da engenharia genética designa a criação de um ser a partir da união de células de embriões masculinos e femininos²⁰⁸.

O já citado Philippe Lherminier²⁰⁹ afirma que, da mesma forma que não suportamos a ficção simétrica do clone, mesmo que ele seja a reprodução do melhor dos indivíduos possível, não suportaríamos as relações anárquicas (interespécies), porque organizamos nossa racionalidade, tomando as espécies como uma das grandes categorias de nosso pensamento.

Apesar de todas as angústias que os novos fatos provocam, por quebrarem um padrão conhecido de convivência, o cientista mostra que é preciso abrir um espaço para o inusitado já que, algumas vezes ele integra nossa realidade e estrutura física, como ocorre com os genes que herdamos de nossos ancestrais – os répteis – e que permanecem praticamente sem alteração. Lembra também que

²⁰⁸ Notícias divulgadas em Madrid (Matéria veiculada. *A Tarde*, Salvador, Caderno Ciência, p. 15, 4 jul. 2003.) narram experiência anunciada durante Congresso da Sociedade Européia de Reprodução Humana e Embriologia, pelo cientista Norbert Gleicher (Fundação para a Medicina Reprodutiva de Chicago), que consistiu na criação do primeiro embrião humano hermafrodita, com fins de investigações terapêuticas.

²⁰⁹ LHERMINIER, Philippe. La transgression de la barrière d'espèce, op. cit., p. 71.

todo ser vivo pode traduzir os genes provenientes de outra espécie e fabricar o produto correspondente. A evolução conserva a criação, mas também inova, revelando outras espécies e permitindo, com esse processo, o intercâmbio necessário, para que se possam realizar transplantes de tecidos e órgãos entre espécies distintas.

O temor da geração de híbridos refletiu-se em normas jurídicas da Antiguidade porque havia uma crença de que a mulher podia conceber filho de um animal. Para o Direito Romano, a existência do homem começava com o nascimento, desde que ele tivesse forma humana, isto é, que não fosse *monstrum* nem *prodigium*. Casabona²¹⁰ afirma que essa idéia perdura até os dias atuais, porque o Código Penal espanhol exige que só se considere o feto nascido quando ele tiver figura humana e atingir, com vida, o período de vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno.

6.6 O crime de terapia somática não autorizada

Já o inciso II do artigo 13 da Lei 8.974/95 trata de manipulação *in vivo*, chamada de intervenção, que é proibida apenas em razão do fim; se for consentida e tiver em vista o tratamento do paciente, é considerada atípica.

O conceito de terapia gênica é fornecido pela Instrução Normativa nº 9 de 1997, também da CTNBio, que a define como técnicas de intervenção ou manipulação genética que visam à introdução de material genético em células somáticas por técnicas artificiais, com a finalidade de corrigir defeitos genéticos ou estimular respostas imunes contra a expressão fenotípica de más formações genéticas, ou para prevenir a sua ocorrência e de defeitos genéticos (entende-se como defeitos genéticos aqueles herdados ou adquiridos durante a vida e que causam problemas à saúde humana). Tais defeitos podem ser causados por mutação de ponto, inserção, deleção, translocação, amplificação, perda ou ganho cromossômico, ou pela presença de genoma ou parte de genoma de organismos infecciosos.

São conhecidas duas espécies de práticas terapêuticas desta natureza: a terapia gênica, na qual os efeitos se estendem à descendência da pessoa sobre cujo

²¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Do gene ao Direito*, op. cit., p.168.

material se faz a intervenção; e a terapia gênica somática ou transferência gênica para células somáticas, cujos resultados atingem apenas as células do paciente e, por isso, não afetam o seu patrimônio hereditário. A permissão contida no inciso ora em exame refere-se à terapia somática, que se opõe à terapia gênica, porque não afeta o patrimônio hereditário da humanidade, sendo permitida (exclui-se a tipicidade) se o fim buscado pelo sujeito ativo for terapêutico. É verdade que o dispositivo não distingue entre terapia somática ou germinal, o que poderia conduzir ao entendimento equivocado de que, se o fim da intervenção é o tratamento de defeitos genéticos, não haveria crime. Tal entendimento, porém, desvanece, quando se toma o bem jurídico como critério de interpretação do “sentido e alcance” do tipo, como bem diz Regis Prado²¹¹. O bem jurídico protegido pelo inciso I é o patrimônio genético da humanidade, enquanto, no inciso II, tutelam-se a saúde e a integridade da pessoa humana exposta ao perigo criado por intervenções experimentais, para as quais não tenha livremente consentido (princípio da autonomia) e que não lhe tragam benefícios diretos.

Ademais, a terapia na linha germinal não opera efeitos sobre o afetado, mas sim sobre sua descendência, de forma que este procedimento não pode ser entendido como uma hipótese de tratamento, tal como se cuida no inciso II, e sim como prática para a eliminação de desvios da normalidade genética.

A manipulação proibida pela Lei 8.974/95 consiste, como se tem enfatizado, em proibir a transformação de genes com finalidade distinta da terapêutica, porque, embora seja da essência da manipulação o uso de ADN/ARN recombinante (tanto que se conceitua como engenharia genética a manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante artigo 3º, inciso V), pressupõe-se lícita sua utilização sob certas condições. Assim, o inciso I, artigo 8º, dispõe que é vedado, nas atividades relacionadas à OGM, “qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas na lei.” A ilicitude decorre, portanto, da desobediência às condições estabelecidas na norma e não da manipulação em si mesma, e sua essência está vinculada a célula germinal ou material genético e a intervenção para fim distinto de tratamento de defeitos genéticos (como se nomeia esta mesma atividade no inciso II, realizada *in vivo*).

²¹¹ PRADO, Luis Regis. Manipulação genética e Direito Penal, op.cit.

Entre as aplicações da tecnologia²¹², pode-se destacar, de logo, o mapeamento dos genes humanos, isto é, a definição da posição de cada gene em seu cromossomo respectivo, permitindo assim localizar o hipotético gene que produz uma enfermidade em um *locus* cromossômico específico. Como se viu, o Projeto Genoma Humano pretende proporcionar informação que permita a intervenção nos genes causadores de doenças como a diabetes, o câncer, a hipertensão arterial, enfermidades mentais, Alzheimer.

Algumas proteínas recombinantes também já vêm sendo utilizadas na clínica médica, tais como: insulina humana (tratamento de diabetes); fator de crescimento humano (tratamento de nanismo); eritropoietina (fator de crescimento secretado pelo rim que estimula a produção de eritrócitos); fator VIII de coagulação do sangue (para hemofílicos); fatores estimuladores de colônia (estimula a produção de leucócitos, utilizados nos casos de imunodeficiência); interferons (interfere na reprodução viral e também é usado no tratamento de alguns cânceres); interleucinas (ativam diferentes classes de leucócitos e poderiam ser utilizadas na cicatrização de feridas, infecção por HIV, câncer e imunodeficiências); vacinas (como a da hepatite B, onde a proteína derivada da capa viral é tão eficiente em desencadear uma resposta imunológica quanto o próprio vírus morto, porém mais segura); etc.

Dessa forma, a engenharia genética não constitui crime se seu uso for disponibilizado para certas formas de tratamento: aqueles que não impliquem em alteração de genoma das células reprodutoras, como se tem destacado, porque, se efetuada sobre as células somáticas, estaria preservado o Direito da pessoa humana de não ter seu patrimônio genético alterado.

A Unesco deu suporte a essa proteção quando, no final de 1997, promoveu evento no qual foi assinada a “Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano”. No documento, consta dispositivo afirmando que “Cada indivíduo tem Direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, quaisquer que sejam

²¹² A tecnologia de ADN recombinante foi possibilitada pelo desenvolvimento de outras tecnologias desenvolvidas a partir da década de 70 (vide nota 9) que permitiram o isolamento e purificação de genes específicos. A técnica central da metodologia de ADN recombinante é a clonagem molecular que consiste no isolamento e propagação de moléculas de ADN idênticas. São didaticamente disponibilizadas, por diversos centros científicos, informações na Internet sobre o tema. Alguns sites foram consultados. Disponível em: <<http://www.biologianaweb.com.br>>. Acesso em 1 jul. 2003; Disponível em: <<http://www.cienciadigital.net>>. Acesso em: 20 jul. 2003.

suas características genéticas” e, também, que “esta dignidade impõe não reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar o caráter único de cada um e de suas individualidades (art. 2º).

O legislador brasileiro previu, nos parágrafos 1º, 2º e 3º do inciso II, do artigo 13 da Lei 8.974/95, formas, qualificadas pelo resultado, da prática de intervenção em material humano *in vivo*. Em trabalho anteriormente citado, Alberto da Silva Franco²¹³ diz que o texto legal é estapafúrdio, tendo em vista que as técnicas de terapia gênica em células germinativas são realizadas, no momento atual da ciência biomédica, em óvulos fecundados. Ocorre, porém, que, embora parte da técnica seja realizada *ex vivo*, há situações em que as células modificadas são transferidas para um organismo. Nada impede, portanto, que o resultado da intervenção, seja em razão dos meios utilizados, seja em razão da imprevisão, insegurança ou forma como foi praticada, possa produzir lesões e que o legislador, por questão sistemática, tenha-lhe dispensado o mesmo tratamento do artigo 129 do Código Penal de 1940.

Questão importante diz respeito ao elemento subjetivo presente no resultado qualificador, ou seja, pode-se admitir que as hipóteses previstas nestes incisos sejam punidas tanto a título de dolo como de culpa, a exemplo do que ocorre com a maioria das qualificadoras do artigo 129 do Código Penal? Tomando como critério orientador para a resposta o fato de que, possivelmente, algumas intervenções sejam realizadas com o fim de provocar os resultados agravados pela lei, para a comprovação de hipóteses em experiências científicas, acolher-se-ia tanto um como outro elemento subjetivo. Ocorre, no entanto, que, no dispositivo em tela, somente o elemento subjetivo culpa pode ser admitido, assim como ocorre no crime de estupro e no crime de poluição (artigo 54 da Lei 9.605/98), onde, aliás, o legislador, para evitar dúvidas, prevê expressamente a admissão apenas da forma culposa.

Se o autor, com o fim de provocar lesão, utiliza-se de técnicas de manipulação em células somáticas (ou intervenção, expressão utilizada no tipo), haverá concurso deste com aquele crime e não apenas tipo qualificado. A intervenção, para fins diversos daqueles que visem a cura, em células germinais, sem consentimento informado e em desatendimento ao princípio da beneficência, é

²¹³ FRANCO, Alberto da Silva. *Genética e Direito*, op. cit., p. 10.

uma conduta censurável, independentemente dos resultados que possa vir a produzir. Como no estupro seguido de morte, se este fim também é desejado e buscado pelo agente, a censura sobre o meio utilizado, que é crime em si mesmo, não desaparece. No caso concreto, o juízo de reprovação se faz sobre ambas as condutas, a de intervenção com fins distintos dos previstos na lei e o resultado lesivo almejado, que lesam bens jurídicos diferentes. Deve-se, portanto, restringir as qualificadoras às formas de culpa, e tratar como concurso de crimes aquelas situações onde o dolo estiver presente, tanto na conduta principal, como no resultado qualificador, como ocorre, também, em caso de lesão corporal da qual resulta aborto (CPB, art. 127).

Constitui, ainda, elemento do tipo (normativo), o princípio da autonomia que é um dos quatro princípios propostos por Beauchamp e Childress²¹⁴ para orientar os conflitos de caráter ético na área biomédica. A autonomia do paciente opõe-se ao paternalismo no exercício da medicina, prática fundamentada na consideração de que apenas o médico, detentor de conhecimentos específicos, pode decidir sobre os procedimentos e terapêuticas adequados para cada caso. No outro pólo da relação, esperava-se que o titular do direito à vida e à saúde tivesse sua vontade submetida, apesar de suas crenças, medos, valores pessoais e desejos próprios, à vontade do médico. Não é possível, em face da indisponibilidade de certos direitos – princípio que tende a ser atenuado, todavia, em nome de outros valores – tratar-se de autonomia como princípio absoluto; ela deve ser compreendida como exercício da liberdade possível e, dessa forma, como a capacidade do ser humano decidir-se entre as alternativas de ação apresentadas. A opção pessoal deve ser capaz de ser compreendida e justificada diante do grupo para que não represente um exacerbamento, acolhido pelo direito, do individualismo. É possível que, em algumas situações, a decisão do paciente possa representar renúncia a um dado estado de higidez e ao prolongamento da vida, questão das mais polêmicas, como se verá no capítulo reservado à eutanásia.

²¹⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F.; *Principles of Biomedical Ethics*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 1994.

A ênfase no consentimento informado²¹⁵, como símbolo de decisão do ser humano livre, tem sido expressa em diversos textos normativos, inclusive na multicitada Convenção dos Direitos do Homem e da Biomédica assinada por diversos países europeus. De fato, no artigo 5º desse documento foi estabelecido que “qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida”. Acrescenta-se, ademais, que “a esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto às suas conseqüências e os seus riscos”.

No Brasil, o Código de Ética Médica veda ao médico (artigo 46) a realização de qualquer procedimento sem o esclarecimento prévio do paciente ou seu representante legal – o que não significa necessariamente obtenção de consentimento, mas permite que tal esclarecimento seja prestado apenas ao responsável, se ele for capaz de provocar danos psicológicos ao paciente (art. 59).

O respeito à autonomia deve ser compreendido no mundo jurídico como o Direito do paciente a ser informado sobre seu diagnóstico, alternativas de tratamento, riscos envolvidos e prognóstico. A pessoa autônoma pode, portanto, consentir ou recusar propostas de intervenção que possam afetar sua integridade pessoal. O consentimento informado é o ato capaz de demonstrar a anuência do paciente quanto ao ato médico, dando-lhe validade.

Pessoas juridicamente incapazes para consentir devem ter sua vontade suprida por responsável legal, embora seja eticamente desejável, sobretudo quanto aos adolescentes e aqueles que não têm a compreensão totalmente suprimida, que

²¹⁵ Existe farta literatura sobre o tema do consentimento: NEVES, Maria do Céu Patrão. Cultural context and consent: an anthropological view In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da UnB, 2002, p. 48; ROMERO MUÑOZ, Daniel; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70; ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; PARLAMENTO EUROPEU. *Comissão Temporária sobre a Genética Humana e Outras Novas Tecnologias da Medicina Moderna*. Contribuição do Prof. Daniel Serrão. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/comparl/tempcom/genetics/contributions/contri_serrao_pt.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2004.

sejam esclarecidos quanto à abordagem terapêutica a ser realizada. Como lembra Juarez Cirino dos Santos²¹⁶, “a capacidade de consentimento depende da capacidade concreta de compreensão ou de juízo do ofendido, determinável como questão de fato, independente da idade do portador do bem jurídico”, embora conclua que a idade é o primeiro indicador de capacidade do consentimento. A recomendação que se faz para obtenção da anuência do paciente decorre do fato de se entender que a existência de capacidade jurídica, que exige um nível de inteligência e vontade, não corresponde à recusa em admitir que todo ser humano é, por si próprio, um ser que existe em liberdade.

Alguns conflitos têm surgido entre a recusa do responsável e o desejo médico de agir para prolongar a vida ou sua qualidade, admitindo-se que, apenas em caso de perigo real, concreto para a vida, que pode ser superado pelo tratamento, pode ser afastada a ilicitude (CPB art. 146, § 3º, inciso I). Tratando-se de incapazes, o suprimento do consentimento deve ocorrer pela via judiciária. Mas, ainda que em face de pessoas capazes, o tratamento arbitrário constitui ilicitude penal quando há apenas uma eventual condição letal, associada a complicações, bem como, segundo Nelson Hungria²¹⁷, “nos casos em que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”. Desrespeitado o princípio da autonomia, portanto, só se poderá admitir a licitude da intervenção se estiverem presentes os requisitos do estado de necessidade. Nilo Batista²¹⁸, em face do artigo 15 novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, entende que o consentimento informado do paciente constitui uma “exigência indeclinável da intervenção médico-cirúrgica”, e que lhe confere licitude.

Quanto ao princípio da beneficência – que contém como comando, na prática biomédica, agir sempre para o bem-estar do paciente, também elemento do tipo, sua inserção na descrição da figura é dispensável, já que a benevolência pode

²¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 196.

²¹⁷ HUNGRIA, Nelson.; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6. p. 179.

²¹⁸ BATISTA, Nilo. O Novo Código Civil e Direito Penal: uma carta e onze questões. *Boletim 1BCCrim*, ano 2, n. 127, p. 6-7, jun. 2003.

ser deduzida da permissão para intervir quando o fim for tratamento de defeitos genéticos, consentido pelo paciente.

O Projeto 2401/03 não mantém a figura penal, permitindo, de forma genérica, a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia desde que obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, nas condições que estabeleceu o legislador, como se viu.

Se o procedimento for feito contra a vontade do paciente, a hipótese poderá configurar o crime de constrangimento ilegal previsto no artigo 146 do CPB, e não mais um tipo específico. A vedação de realização de engenharia genética em organismo vivo, contida no artigo 6º, quer-se referir exatamente a esta hipótese, já que está autorizada a utilização de células-tronco para *fins terapêuticos* (que deverão ser consentidos ou, ao menos, legitimados pelas práticas sociais vigentes). Se do procedimento resultar um dano à saúde ou à vida, responderá então o autor pelo fato, de acordo com o elemento subjetivo que presidiu a conduta.

6.7 A figura do Inciso III

A conduta incriminada no inciso III, da Lei 8.974/95, consiste na produção, no armazenamento ou na manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível. A fórmula genérica abriga as situações em que embriões são gerados, para servirem (dolo específico para a doutrina tradicional ou elemento subjetivo do tipo para os finalistas) como material disponível para clonagem terapêutica e reprodutiva como já visto quando se tratou de clonagem. Por essa via, como afirma Stella Maris Martínez²¹⁹, apesar da falta de clareza do legislador, está incriminado também a alteração genética dos embriões *in vitro*.

A maior censura à conduta, que se reflete na maior quantidade de pena (reclusão de seis a vinte anos), deve-se ao fato de que, além de serem atingidos bens jurídicos como a integridade do embrião (como um valor por si próprio ou apenas como ser que integra a espécie humana), também são violadas a individualidade e a diversidade da espécie humana com a clonagem, a eugenia e a hibridação.

²¹⁹ MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 197.

Silva Franco²²⁰ afirma que, tal como está redigido o dispositivo, embora a própria lei tenha excluído a fecundação *in vitro* das práticas ilícitas, pode-se entender que é possível a incriminação dos operadores de técnicas de reprodução assistida. O autor chega a esta conclusão porque entende que os embriões excedentários, conseqüência da hiperestimulação ovariana, uma vez criopreservados, servem como material biológico disponível. No caso, falta, porém, o desígnio especial, exigido pelo legislador e que deve estar presente no agente desde a geração do embrião. Desta forma, o tipo refere-se a situações em que os embriões são gerados para fins de experiências genéticas e formas de manipulação.

Sendo aprovado o Projeto de Lei, como se encontra, fica extinta a figura autônoma, passando o fato a ser incriminado, ora na figura do artigo 24, se o embrião resultar de inseminação *in vitro*, ora na figura do artigo 26, se resultar de clonagem.

6.8 A figura criminosa do Inciso IV

O inciso IV pune com pena de detenção de três meses a um ano a “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 com aprovação prévia da CTNBio”.

Uma vez que a lei 8.974/95 regulamenta técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismo geneticamente modificado, a objetividade jurídica do dispositivo é o meio ambiente passível de ser atingido com alterações produzidas através de experiências genéticas realizadas em animais. A tutela ao animal em si próprio dar-se-ia apenas de forma mediata, quando se impõe a necessidade de respeito a princípios éticos na realização de tais intervenções, evitando-se, desta forma, manipulações cruéis e cientificamente fúteis.

A fauna, como elemento integrante do meio ambiente, é propriamente tutelada na Lei 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente. Ocorre, porém, que tal como foi construído o tipo, ou seja, proibindo apenas a intervenção em material genético de animais *in vivo*, excetuando-se (de forma vaga

²²⁰ FRANCO, Alberto da Silva. *Genética Humana e Direito*, op. cit., p. 9.

e imprecisa) intervenções que constituam avanço científico e obedeçam a princípios éticos, percebe-se uma intenção de proteção do animal contra atos de crueldade. Se se tratasse de evitar com a lei, experiências interespecies, clonagem, ou quaisquer outros atos que atentassem contra a diversidade da fauna, provocando, assim, um dano com repercussão sobre espécies animais e o meio ambiente como um todo, também seriam proibidas as experiências *in vitro*, o que não ocorre.

Na verdade, nem sequer é proibida a intervenção; a norma, de caráter mais aplacatório que verdadeiramente instrumental, cumpre, no texto, outras funções já que não se tem dispensado o uso de animais para experiências científicas. A mesma Lei 9.605, no artigo 32 §1º veda experiência dolorosa em animal vivo. Aqui, cuida-se do mesmo fato, sob outra roupagem.

A tutela penal da fauna é um desses temas que põem em evidência os conflitos com que se defronta o homem, colocado entre formas de desejo aparentemente opostas. A dualidade do ser humano e a sua dificuldade na preservação do meio ambiente, de onde, afinal, retira os recursos necessários para satisfação de suas necessidades, podem ser expostas, com menos disfarces, na relação com os animais. De tal forma é complexa esta relação que talvez seja possível afirmar que o direito, que permite o abate do boi, quer que a mão do homem proteja o sabiá. O homem, que abate o boi, não só põe cravos nos cavalos para que cavalguem mais rápido, marca as ovelhas para que não sejam roubadas e tira-lhe a lã para se abrigar do frio; também testa produtos de maquiagem cegando coelhos, mata espécies para aprender mais sobre a vida e aprisiona as aves para ouvir seu canto. O ser humano, aliás, abate ao próprio homem e desfaz seus corpos em pedaços, comemorando o êxito na ação de aniquilamento do inimigo.

Quanto aos animais, disse Claude Bernard²²¹, sem qualquer relutância quanto ao papel puramente utilitário que eles têm na vida dos humanos, tem-se o direito, total e absoluto, de fazer experimentos e vivissecção. Coerente na sua visão, observa, ainda, que seria estranho se fosse reconhecido o direito de usar os animais para serviços caseiros e alimentação e proibíssemos seu uso para o ensino da

²²¹ Apud GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Márcia Mocellin. *Pesquisa em Saúde e Direito dos Animais*, 1999. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/animrt.ht>>. Acesso em: nov. 2001.

medicina. Dessa forma, entende que nenhuma experimentação em humanos deveria ser feita sem ser precedida por testes em cães.

A Bíblia expressa essa visão servil dos animais, conforme está disposto no Gênesis, capítulo 1, versículos 26, onde se registra afirmação de desígnios divinos: “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra” (Gênesis 1:26).

O que busca realmente a lei 8.974/95/95 quando incrimina intervenções *in vivo* em material genético de animais? Será que, como na lei de crimes ambientais, quando no art. 32, caput e parágrafo 1º (“são proibidas, respectivamente, as condutas de: realizar experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos e as de praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”) deseja-se apenas impor certa eticidade nas intervenções em animais? Uma leitura atenciosa desses dispositivos, com destaque para as expressões: maus tratos, “ato de abuso”, “experiência dolorosa”, reforça esse entendimento.

Observe-se, como reforço à hipótese proposta, que o ato de abuso²²² a que se refere o artigo 32, assim como a intervenção em material genético, podem não colocar em risco a saúde, a vida ou a existência da espécie animal, podendo-se entender que em ambos os casos a censura do legislador é feita sobre a forma com que se desenvolve a ação e não sobre o possível resultado naturalístico que dela resulte. Ou seja, pretende-se que o homem comporte-se de acordo com um modelo de conduta que não embarace ou envergonhe sua própria espécie ao se contemplar no outro. Da mesma forma, ocorre com o parágrafo único do artigo 32 da Lei 9.605 que se distingue do inciso IV apenas pela especificidade da intervenção que este proíbe: *in vivo* e material genético. A ênfase da norma se faz, desta forma, no padrão

²²² A expressão foi empregada pela primeira vez no Direito brasileiro em 1934, no Decreto 24.645/34; pretendia descrever uma das formas de cometimento de maus-tratos contra os animais. Como destaca Luciana Caetano da Silva, durante o período em que vigorou o decreto, não houve autor que definisse essa modalidade de maus-tratos que, ademais, não equivalia à forma de exigência de trabalho excessivo do animal ao uso inadequado, *in*: SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna Terrestre no Direito Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. Muitas décadas depois, o termo foi reintroduzido no Direito, mantendo a mesma imprecisão de outrora.

de conduta desejado e não no dano causado ou perigo de dano que ela possa representar para a espécie animal.

Com esses argumentos, pretende-se concluir com Cotzee²²³ quando afirma que “o modo como tratamos os animais não tem nenhuma importância salvo na medida em que ser cruel com os animais pode nos acostumar a ser cruel com os homens” ou nos envergonhar com a nossa própria capacidade de crueldade.

O tipo tem uma redação vaga que dificulta mesmo a constatação da existência da ilicitude em sua materialidade já que não se sabe exatamente como comprovar o que sejam “avanços significativos” de uma dada experiência e se esta respeita aos “princípios da responsabilidade e prudência” sobretudo em uma cultura acostumada a transformar animais em simples depósitos vivos de carne. A própria admissibilidade legal e científica de vivissecção, que consiste em operar animais vivos para estudos de fenômenos fisiológicos e anatômicos, também levanta uma forte dúvida sobre a eticidade das experiências com animais.

O tipo constitui um enunciado que não tem significado prático, apresentando-se como um mero anúncio de intenções para que se evite não exatamente uma ação em sua exterioridade, mas um sentimento e a ética que o orientam.

6.9 A figura criminosa do inciso V

Por último, a lei incrimina a ação de liberar ou descartar no meio ambiente Organismo Geneticamente Modificado em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e também aquelas constantes na regulamentação da mesma lei 8974/95. Trata-se de norma em branco, como se pode constatar cuja integração fica a depender de atividade normativa da CTNBio (cuja competência para este fim foi reafirmada pela Medida Provisória 2137 de 28/12/2000 que explicitou sua natureza como órgão técnico, normativo, consultivo e de assessoramento ao Governo Federal para assuntos referentes a pesquisa com biotecnologia confirmada pelo Projeto de Lei em curso).

²²³COETZEE, J.M. *A vida dos animais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Tradução de José Rubens Siqueira. O autor refere-se, por seu turno, à Summa 3.2.112, citada em CLIFES, N.J. *Animal Rights and Human Obligations*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1976. p. 56-59.

A CTNBio já elaborou 20 Instruções Normativas para regulamentar diversos aspectos do uso da biotecnologia²²⁴ o que, não obstante possa ser compreendido em face do ineditismo do tema, ainda assim compromete o princípio da intervenção penal legalizada.

A expressão organismo geneticamente modificado, embora denote inicialmente qualidade de vegetais (sobretudo em face da polêmica instalada pelo uso de alimentos transgênicos), refere-se tanto a plantas quanto a animais para os quais houver sido transferido um ou diversos genes provenientes de outra espécie, bactéria ou vírus com o fim de conferir-lhe característica com a qual não fora dotado pela natureza (atualmente só se transfere um gene de cada vez).

²²⁴ O endereço eletrônico da CTNBio (<<http://www.Ctnbio.gov.br>>) disponibiliza o conteúdo das 20 Instruções, que, apenas a título demonstrativo da diversidade de temas e, portanto, fluidez, dos tipos a que se referem são elencadas: N.01 - Dispõe sobre o Requerimento e a Emissão do Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB e a Instalação e o Funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança – CIBio. N.02 - Normas Provisórias para Importação de Vegetais Geneticamente Modificados Destinados à Pesquisa. N.03 - Normas para a Liberação Planejada no Meio Ambiente de Organismos Geneticamente Modificados. N.04 - Normas para o Transporte de Organismos Geneticamente Modificados – OGMs. N.05 - Vincula as análises das solicitações de importação de vegetais geneticamente modificados destinados à liberação planejada no meio ambiente ao parecer favorável dos revisores da referida proposta. N.06 - Normas sobre Classificação dos Experimentos com Vegetais Geneticamente Modificados quanto aos níveis de risco e de contenção. N.07 - Normas para o Trabalho em Contenção com Organismos Geneticamente Modificados – OGMs. N.08 - Dispõe sobre a Manipulação Genética e sobre a Clonagem em seres humanos. N.09 - Normas sobre Intervenção Genética em Seres Humanos. N.10 - Normas Simplificadas para Liberação Planejada no Meio Ambiente de Vegetais Geneticamente Modificados que já tenha sido anteriormente aprovada pela CTNBio. N.11 - Normas para Importação de Microrganismos Geneticamente Modificados para Uso em Trabalho em Contenção. N.12 - Normas para Trabalho em Contenção com Animais Geneticamente Modificados. N.13 - Normas para Importação de Animais Geneticamente Modificados (AnGMs) para uso em Trabalho em Regime de Contenção. N.14 - Dispõe sobre o prazo de caducidade de solicitação de Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB. N.15 - Normas para Trabalho em Contenção com Animais não Geneticamente Modificados onde Organismos Geneticamente Modificados são Manipulados. N.16 - Normas para Elaboração de Mapas e Croquis. N.17- Normas que regulamentam as atividades de importação, comercialização, transporte, armazenamento, manipulação, consumo, liberação e descarte de produtos derivados de OGM. N.18 - Liberação planejada no meio ambiente e comercial da soja Roundup Ready. N.19 - Audiências públicas de caráter técnico-científico. N.20 - Dispõe sobre as normas para avaliação da segurança alimentar de plantas geneticamente modificadas ou de suas partes e dá outras providências.

O procedimento permite a mistura de genes animais com genes vegetais, o que, de acordo com pesquisadores franceses²²⁵, já ocorre com batatas que são modificadas e contêm uma certa percentagem de genes humanos (que têm boa resistência a metais pesados) e também com a inserção de genes de galinhas que apresentam resistência a pragas.

O tipo não veda a produção, comercialização ou a entrada no país de organismos geneticamente modificados, mas tão-somente a liberação ou descarte no meio ambiente de tais organismos em desacordo com a normativa existente. Trata-se, de mais uma figura de perigo abstrato porque a conduta é tida como perigosa por si mesma independentemente do exame de sua aptidão para produção de resultado.

A dificuldade, em face das recentes e constantes descobertas na área da manipulação genética, em estabelecer uma causalidade para as condutas, fez com que o legislador, genericamente, incriminasse toda liberação que não fosse cercada dos cuidados exigidos pelas normas.

Regis Prado²²⁶ distingue liberação de descarte, afirmando que a primeira “compreende a finalidade que os OGMs interajam com o ambiente” enquanto o segundo se refere ao rejeito de organismos que já não têm utilidade.

A figura só pode ser praticada a título de dolo, sendo de indagar-se se basta a vontade de praticar a conduta típica ou se também é necessária a ciência, pelo agente, de que a liberação ou o descarte oferecem perigo para os elementos que integram o meio ambiente. Considerando, porém que o inciso V refere-se à liberação ou ao descarte em desacordo com as exigências legais, é dispensável que o agente saiba do risco da ação específica que realiza, bastando que a realize consciente de sua contrariedade à regulamentação existente. Diante da quantidade de normas e decisões sobre o tema, é questionável, porém que um pesquisador, vinculado a uma empresa, possa conhecer e interpretar a lei, confrontá-la com os

²²⁵ LES ORGANISMES génétiquement modifiés. Disponível em: <http://www.vie-publique.fr/dossier_polpublic/securite_alimentaire/ogm/indexogm.shtml>. Acesso em: 17 jun. 2004; DOSSIER OGM. Disponível em: <<http://www.agrisalon.com/07-dossiers/ogm.php>>. Acesso em: 17 jun. 2004.

²²⁶ PRADO, Luis Regis, Manipulação genética e Direito Penal, op. cit., p. 199.

procedimentos da instituição em que trabalha para afinal concluir, pela legalidade de sua ação.

O legislador admite que o delito seja praticado sob forma culposa, o que segundo o autor retrocitado causa estranheza, na medida em que não há, na figura em tela, previsão de resultado, como deveria acontecer, em se tratando de tipo culposos mas tão-somente referência à atividade proibida. De fato, a falta de cuidado objetivo com a própria conduta só pode ter repercussão no Direito Penal se afetar um bem jurídico relevante.

Não é estranha, porém, essa forma de incriminação da ação quando se trata de crimes de perigo. No Código Penal Brasileiro podem ser apontados alguns exemplos: assim, o artigo 272 e seu §1A (fabricação, venda, exposição à venda importação, depósito, distribuição e entrega à consumação de substância alimentícia ou produtos alimentícios corrompidos (artigo 272 alterado pela Lei 9.677/98 cuja modalidade culposa está prevista no §2º). Da mesma forma, ocorre com o artigo 278, parágrafo único, com o artigo 130 (na forma de deve saber), com o art. 280 todos do Código Penal Brasileiro. Flamínio Fávero dá exemplos que facilitam o entendimento de ocorrência de fatos culposos tais como o do esquecimento de separação e inutilidade de carnes infectadas, facilitando a compreensão de que fatos semelhantes podem ocorrer dentro da previsão do artigo 13, V, §4º.

As formas qualificadas, previstas no inciso II do mesmo artigo 13, prevêem lesões à saúde causadas pela manipulação ou descarte inadequado dos organismos. Instituições ambientais em todo mundo têm (talvez com algum alarmismo) denunciado problemas de saúde causados por tais organismos quando se trata de alimentos. Luciana de Mello²²⁷ afirma que, embora não haja muitas evidências de que os transgênicos possam causar malefícios à saúde e ao meio ambiente, não se pode negar que, teoricamente, é possível que existam riscos de toxicidade ou reações alérgicas provocados pelo produto do ADN inserido no novo organismo. Alguns genes inoculados nas plantas provocam resistência a antibióticos e, se absorvidos pelo intestino humano, tornariam a pessoa imune a seus efeitos terapêuticos.

²²⁷ MELLO, Luciana Christante de. *A polêmica sobre alimentos transgênicos*. Disponível em: <<http://www.epub.org.br>>. Acesso em: 4 nov. 2001. A autora é farmacêutica na modalidade de alimentos, mestra em Neurociência e comportamento e pesquisadora da UNICAMP.

Alerta-se, no entanto, que investimentos maciços e testes rigorosos foram realizados ao longo dos anos noventa sobre a segurança dos OGMs e não se constatou casos de dano ambiental. Por isso mesmo, diversos países, como os Estados Unidos, a Argentina, o Canadá e a China, animados pela segurança e manejo das plantações e qualidade do produto, têm desenvolvido crescente cultivo de grãos. Na Europa, um conjunto de regras severas para pesquisa, plantio e comercialização de OGMs foi aprovado, obrigando-se a fiscalização severa de todas as fases da produção biotecnológica, inclusive sua colocação em mercado e rotulagem.

É possível que todo o alarde não passe de uma reação ao novo resultado de fenômenos de psicologia social ou de interesses econômicos, questões que não devem ser desprezadas. De qualquer sorte, não se dispõe com segurança, de experiência que autorize a prática irrestrita com OGMs. As normas de segurança visam a impedir desastres ambientais (cujo risco não pode ser descartado *a priori*), cujo dano seja possa ser irreparável diante da falta de controle e conhecimento dos novos fatos.

Existe uma série de questões sobre os riscos de transgênicos às quais pesquisadores, tidos como independentes, procuram responder (não participam da produção nem da pesquisa comercial dos OGM), pacificando quanto aos problemas que podem causar. A maior parte dos argumentos centra-se na comparação entre os riscos dos transgênicos e outros já existentes e tolerados, a exemplo da ingestão de pelos de rato e restos de barata identificados em alimentos convencionais cujo ADN é fragmentado da mesma forma que aquele dos geneticamente modificados.

Raciocínio semelhante é desenvolvido com relação à possibilidade de contaminação da natureza por semente extraviada de laboratório ou plantação o que se pretende seja equivalente ao de vazamento de vírus de laboratórios de pesquisa e, no que tange à proliferação fora da lavoura e contaminação da natureza, a probabilidade seria de 0,1% segundo estudos desenvolvidos na Inglaterra. No que tange ao risco de desenvolvimento de doenças em humanos, não se estabeleceu correlação com o desenvolvimento de câncer provocado por transgênicos assim como se afirma que as reações alérgicas ocorreram apenas entre alérgicos ao grão comum. A forma como os estudos são apresentados tem certo tom persuasivo que

procura minimizar os possíveis riscos acrescentados pelos OGMs, diluindo-os entre outros inúmeros que se vive nas sociedades pós-insdustriais.

No Brasil²²⁸, a disciplina da matéria sofre freqüentes oscilações, seja em favor da permissão para o plantio ou de sua vedação. Esta indefinição decorre de interpretação feita sobre a competência da CTNBio para identificar, no âmbito da engenharia genética, as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, conforme o artigo 225, § 1º, inciso IV da Constituição Federal, e que impõem a realização de Estudo de Impacto Ambiental de uma atividade. A questão diz respeito a um possível conflito entre a Lei 8.974/1995 (Lei de Biossegurança) e a Lei 6.938/1981 (Lei Ambiental), já que o inciso XIX da Lei 8.974/95 (criado pela MP 2.191-9/01) atribui competência à CTNBio, para definir as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente enquanto o item 20 do Anexo VIII da Lei 6.938/1981 (Lei Ambiental) considera, como nos crimes de perigo abstrato, que qualquer introdução de OGM constitui uma atividade poluidora do meio ambiente.

A existência de perigo de degradação foi aferida pelo legislador, entre outras formas, a partir da própria lei, presumindo-se que as qualificadoras constantes do inciso V, do artigo 13, sob comento, constituem um indicativo da potencialidade lesiva da atividade. Assim, foi assumida a existência de perigo a partir de uma presunção normativa que dele é feita e, sobre esta, decidiu-se que a atividade é, de fato, perigosa, proibindo seu exercício.

De forma mediata, orientações como estas proporcionam maiores espaços de intervenção do Direito Penal em situações de risco e alargam a distância

²²⁸ O plantio de transgênicos, em escala comercial, esteve suspenso por decisão do Tribunal Federal Regional da 1ª Região, em ação ajuizada pelo IDEC, IBAMA e Grennpeace. Essas instituições alegaram que, mesmo que a CTNBio houvesse liberado o plantio, este órgão não havia feito preceder a autorização de estudo de impacto ambiental. O Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nº 200.01.00.014661 refere-se à necessidade de efetivação deste estudo, conforme Anexo I da Resolução CONAMA nº 237/97. Questionava, ademais, a constitucionalidade do artigo 2º do Decreto 1752, que permite à CTNBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental. Argumentou-se, ainda, que, em face da vedação contida no inciso VI, artigo 8º da Lei 8974/95, era preciso regulamentar previamente o descarte e a liberação, sob pena de ineficácia de outras disposições desta lei. A decisão foi reformada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região em setembro de 2004. Vide nota 69.

entre norma e realidade naturalística. No caso específico, o julgamento foi levado a efeito, apesar de cautelas materiais tomadas pela CTNBio que envolvem avaliação de inocuidade do produto, do potencial alergênico da nova proteína, toxicidade expressa pela nova proteína, até outros efeitos secundários da inserção do gene como o risco teórico de mutagênese pela inserção de gene²²⁹.

A sentença da 6ª Vara do Tribunal Regional Federal da 1ª Região²³⁰ privilegiava o aspecto jurídico-formal relativo à necessidade de estudo ambiental, conforme acima referido e inverteu a ordem com que o Direito deve tratar os fatos, concluindo pela existência de risco não porque observasse a realidade, mas porque outra norma assim sugeria. Acentua, desta forma, a virtualidade das relações e das coisas em detrimento de sua substancialidade. O Poder Executivo, para desincumbir-se das controvérsias, liberou o plantio e a comercialização da soja geneticamente modificada através de Medidas Provisórias (no ano de 2003, as de número 113 e 131, convertidas nas leis 10.688 e 10.814, respectivamente e, no ano de 2004 a de nº 223). Buscou-se, com estas providências, segundo justificativa do Palácio do Planalto, “disciplinar, em regime de excepcionalidade, uma situação, evidente, pré-constituída e de razões econômicas e culturais complexas, cuja ausência de intervenção do Poder Público poderia gerar uma crise social impactante”²³¹.

As Medidas Provisórias contêm dispositivos que ressaltam sua natureza restritiva, estabelecendo, inclusive, a obrigação de indenização ou a reparação de

²²⁹ Informações obtidas nos endereços eletrônicos: CTNBio: <<http://www.mct.gov.br/ctnbiotec>>; Instituto de Defesa do Consumidor: <<http://www.idec.org.br>>; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência: <<http://sbpcnet.org.br>> também disponibilizam artigos de cientistas, das mais diversas áreas, com informações sobre os OGMs, o da CTNBio.

²³⁰ Em 12 de agosto de 2004, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de liminar, reconheceu como legal a atuação da CTNBio e a constitucionalidade da competência atribuída à Comissão para identificar, no âmbito da engenharia genética, as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente de forma que só haverá Estudo de Impacto Ambiental quando a CTNBio identificar que a atividade com OGM como potencialmente degradadora. A solução é provisória não só em razão da forma como foi alcançada – através de liminar – como também porque há uma interpretação que a decisão do TRF não libera o plantio e a comercialização, mas reconhece, tão-somente, a legalidade da atribuição da CTNBio.

²³¹ RODRIGUES, Roberto. *Exposição de Motivos da MP 223 dirigida ao Presidente da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2004.

dano, independentemente da existência de culpa dos produtores de soja que contenha organismos geneticamente modificados que causarem danos ao meio ambiente e a terceiros.

A balbúrdia legislativa estimula a idéia de risco em razão do qual (possibilidade de lesão ao meio ambiente) o Direito Penal antecipa sua tutela (que, em última análise, sempre será da pessoa humana) e realiza uma intervenção que contraria, por sua forma, princípios como o da lesividade e intervenção mínima.

No Projeto de Lei da Câmara, a pena cominada hoje ao delito pela Lei 8974/95 (um a três anos) é aumentada no tipo simples (dois a quatro anos), enquanto as qualificadoras são transformadas em causas de aumento quando o perigo causar um dano efetivo à propriedade, ao ambiente ou à saúde e a vida humanas.

6.10 Sujeito ativo e passivo dos delitos:

As atividades e projetos que, na forma do artigo segundo da lei, envolvam organismos geneticamente modificados só podem ser desenvolvidos por pessoas jurídicas, sendo vedado o trato de OGM por pessoas físicas. O descumprimento do dispositivo constitui, no entanto, apenas infração administrativa prevista no artigo 8º inciso I (artigo 21 do Projeto 2401/2001). Isso não significa que serão autores apenas pessoas jurídicas porque a ilicitude penal pode, no caso, ser praticada por alguém que atuou contrariando a disposição de caráter administrativo. Na verdade, como não há dispositivo admitindo, expressamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a regra a ser aplicada é a da responsabilidade pessoal. Deste modo, se o crime é praticado dentro de uma organização regularmente licenciada para a prática dos atos regulados pela lei, a responsabilidade deve ser individualizada para que possa ser oferecida a denúncia. Tendo em vista os interesses afetados, mais comumente serão as pessoas morais (sobretudo laboratórios e grandes clínicas de FIV), que cometerão os crimes com maior lesividade, mas, ainda assim, os mesmos motivos, que autorizaram o legislador ambientalista a incriminar os entes coletivos, foram esquecidos.

No que diz respeito ao desenvolvimento de atividade puramente teórica do ensino e da pesquisa, Paulo Affonso Leme Machado²³² afirma que elas não são sujeitas a controle prévio do Poder Público, o que constituiria, na verdade, uma lesão ao art. 5º da CF, que consagra a liberdade da atividade intelectual. A proibição só tem sentido, como afirma o mesmo autor, considerando que estes ensinos e pesquisas serão acompanhados de experimentos.

A lei estabelece a solidariedade legal entre as organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades e projetos que envolvam OGM considerando que grande parte dos recursos que os financiam é originada de laboratórios estrangeiros. Na forma do inciso 3º, do artigo 2º, as empresas patrocinadoras só serão eximidas de responsabilidade (civil), se exigirem o Certificado de qualidade em Biossegurança dos entes financiados, patrocinados, conveniados ou contratados.

As entidades que desenvolvem atividade de pesquisa, de acordo com o mesmo artigo segundo, são responsáveis pelos danos que tal pesquisa venha provocar a terceiros ou ao meio ambiente. A responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros independe de culpa que se revela pela falta de precauções que deixam de ser tomadas. Mesmo os projetos desenvolvidos fora da entidade, mas sob sua responsabilidade técnica ou científica, são considerados como tendo sido realizados em seu âmbito.

Sujeito passivo dos crimes dispostos no artigo é a comunidade ameaçada com as condutas lesivas a sua integridade, bem como, mediatamente, no caso do inciso II, aquele que foi objeto de intervenção genética ilícita e, no caso do inciso V, os que sofreram lesão ou morte em razão da liberação e do descarte. Cláudio Brandão²³³ alerta que, nestas situações, ou seja, quando quem sofre a ação delituosa não tem personalidade jurídica, “o delito é chamado de crime vago”. Esta categoria de delito, em razão da natureza coletiva do bem lesado, não admite a disponibilidade dos indivíduos sobre o bem jurídico sem afetar os demais titulares. Por isso, mesmo, ainda que se entenda que, em se tratando de bens disponíveis, o

²³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 665.

²³³ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 63.

consentimento do titular do bem pode operar como causa de exclusão do ilícito, tal não ocorre com os crimes vagos.

Aníbal Bruno²³⁴, a propósito, já dizia que, quando o bem jurídico representa um valor coletivo, “ou a sua proteção transcende do domínio exclusivo do direito privado” não basta a vontade do seu titular para decidir sobre sua disposição.

²³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1967. v. 2. p. 18.

Capítulo VII - BIOTECNOLOGIA E EUTANÁSIA: AS NOVAS FORMAS DE MORRER E O DIREITO PENAL

7.1 Considerações iniciais

A chamada revolução biotecnológica afetou não só a geração da vida, mas também sua terminalidade, uma vez que os novos recursos por ela proporcionados (o que inclui desde a reanimação cardiorrespiratória, ao transplante de órgãos e uso de máquinas para substituir funções vitais) possibilitaram novos estados de sobrevivência, diante dos quais tem sido legítimo questionar a validade ou não de sua manutenção.

A eutanásia, tradicionalmente compreendida como boa morte, à qual já foram emprestados outros significados, ressurge, nesse contexto, com significativa complexidade uma vez que a expressão já não serve para designar as diversas formas de finalização da vida. Isto implica, conseqüentemente, revisões no âmbito do Direito Penal para que este venha dispensar, a cada uma dessas diferentes formas, um tratamento compatível com o grau de reprovação da ação que lhe deu causa.

Aqui também, como nas demais matérias tratadas no âmbito da Bioética, há posições que defendem um deslocamento da discussão do universo jurídico para outros sistemas de controle, como os religiosos, destacando-se, sobretudo, a importância da deontologia médica na orientação das ações desses profissionais. A despeito da importância de tais normas de controle, o Direito Penal não pode furtar-se à apreciação da questão, uma vez que, tradicionalmente, a tutela do bem jurídico vida, em face de sua importância e essencialidade, tem sido objeto de proteção desse ramo do direito, contra formas de ataque que possam resultar em sua supressão.

A abordagem interdisciplinar não é nova, já que o tema, pelos diferentes aspectos que encerra, permite que outras áreas possam participar das reflexões que

têm sido feitas sobre a questão, o que facilitou, ao longo dos anos, que médicos, filósofos, religiosos e juristas lhe imprimissem uma entonação específica. Este diálogo, aliás, contribuiu para os múltiplos sentidos dados à expressão, de forma que não constitui tarefa tranqüila atribuir-se, ao termo *eutanásia*, um significado unívoco.

A multiplicidade de significados classicamente atribuídos está, sobretudo, vinculada tanto aos fundamentos quanto aos limites da "boa morte", ou seja, a que fins ela deve servir, quando pode ser praticada, havendo certo consenso quanto ao fato de que tal morte deva apresentar-se como alternativa digna a uma vida dolorosa, razão por que a analgesia ganha destaque em certos conceitos. Não existe, no entanto, precisão sobre o que se deve entender como alternativa digna, já que a interpretação será feita pelo ouvinte à luz de seus valores. Isto significa que as características, que devem estar presentes para que um fato seja considerado como eutanásia, podem resultar de convicções particularizadas. Por isso mesmo, a expressão já foi usada pelos nazistas para justificar a eliminação das vidas sem alma ou indignas de serem vividas (as dos doentes mentais).

De outro lado, esta é uma matéria que, muito embora seja objeto de disciplina jurídica, tem um forte conteúdo extrajurídico, porque é impregnada de valores e crenças que podem ser, entre si, contraditórios. Tais premissas se de um lado enriquecem a discussão, de outro, dificultam a apreciação jurídico-penal da matéria. Como se viu, Claus Roxin²³⁵ afirma que "o Direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepitível da morte".

Às questões preexistentes, a biotecnologia acrescentou outras, em razão de o avanço técnico-científico haver possibilitado intervenções na vida e na morte, que tornam o tema e sua designação cada vez mais sutis.

7.2 A designação eutanásia e os fatos a que se refere

A falta de precisão do termo, como foi dito, remonta a suas origens. Procedente de dois vocábulos gregos, a expressão boa morte foi usada pela

²³⁵ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCrim, São Paulo, ano 8, n.32, p. 10-37, 2000. p. 11.

primeira vez por Francis Bacon²³⁶, no século XVII, para referir-se à prática como a única providência cabível diante de doenças incuráveis. Em tom grandiloquente, recomendava, então, que todos os recursos deviam ser utilizados para que o final da vida fosse como o último ato da obra de um poeta dramático.

Essa forma de abordagem, seja pela voz de poetas e escritores, seja pela de filósofos ou teólogos, tem sido comum no tratamento dispensado à eutanásia. Assim, desde Platão, Epicuro e Plínio, a Bentham, Grispigni, Tolstoi e, até, Kevorkian, o doutor morte, pode-se encontrar referências sobre a justa oportunidade da eutanásia, o que atesta em favor da delicadeza e importância do tema e, portanto, de sua disciplina jurídica.

A Bíblia católica, no segundo livro de Samuel (capítulo 9, versículos 9 e 10), narra um episódio que pode ser interpretado à luz dos atuais elementos da eutanásia, como constituindo uma prática dessa natureza. O fato refere-se à morte piedosa dada por Amalecita ao rei Saul, quando este tinha uma lança parcialmente cravada no peito e que, diante das dores sofridas, pedira: "que te ponhas sobre mim e que me mates, porque eu estou cheio de angústias, mas toda minha alma ainda permanece em mim".

Em Esparta, era comum que se lançasse do monte Taijeto os recém-nascidos deformados e até anciãos porque não eram úteis para a guerra que, afinal, era um valor em torno do qual se unia aquele povo. Esta mesma moral utilitária orientava os celtas e as tribos antigas que tinham como obrigação sagrada a de administrar a boa morte aos pais doentes e enfermos. O Senado de Atenas, por sua vez, tinha poderes para facultar a eliminação dos velhos e doentes incuráveis com bebidas venenosas.

Na Índia antiga, os incuráveis eram jogados no Ganges, conduzidos por parentes, depois de se lhes asfixiar quase completamente, tampando-se-lhes a boca e as narinas com a lama sagrada daquele rio²³⁷.

²³⁶ Apud JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.

²³⁷ A respeito da história antiga da eutanásia, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, op. cit, p. 362, e também, CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCrim, 2001. VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. 2004. 278f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

Doutrinadores católicos retiram da Bíblia o exemplo mais expressivo, para o mundo cristão, de livre renúncia à vida, o de Jesus Cristo que assim o fez por amor e solidariedade ao próximo.

Ricardo Royo-Villanova²³⁸ refere-se à eutanásia natural, que é a morte do idoso, resultante da perda progressiva das funções vitais. Esta noção corresponde a um pensamento típico do primeiro quartel do século passado quando, morrer junto da família e com um ritual de adeus, emprestava-lhe dignidade e esmaecia a perda.

Como se vê, os requisitos para que um fato fosse considerado como eutanásia, mesmo antes de o mundo assistir às transformações da biotecnologia, são os mais diversos. Da história antiga, passando pelo cristianismo até a sociedade pós-moderna, na qual a questão assume outra complexidade, são diversos os fundamentos para a antecipação da morte.

Os alemães, mesmo antes do terceiro Reich, vinham amadurecendo a idéia de eliminação dos doentes mentais que não podiam cumprir um papel socialmente útil. Afirmava-se então existir uma falsa comiseração naqueles que, "com uma mania compassiva liberal", condenam aos que matam a um demente para evitar que seja recolhido em manicômio. Esta solução, entendiam, só trazia pesados encargos financeiros ao Estado e sofrimento espiritual para a família e, portanto, devia ser superada.²³⁹ A posição fortaleceu-se durante a guerra quando o mundo tomou conhecimento das práticas eliminatórias exercidas sobre alienados, crianças deficientes física ou mentalmente e, sobretudo, contra os judeus.

Grinspigni, na Itália, Binet-Sanglé, na França, e Binding na Alemanha²⁴⁰ enfocam o tema sob um viés essencialmente jurídico na medida em que procedem a sua análise sob a perspectiva de bem jurídico, ou seja, se há ou não vida como valor a ser preservado. Afirmavam, então, que há vidas que perdem essa natureza e, portanto, devem ser suprimidas porque não há sentido em sua continuidade nem para o indivíduo, nem para a sociedade. Desta forma, bastava, para a licitude de a

²³⁸ Apud JIMÉNEZ DE ASÚA. *Libertad de amar y derecho a morir*, op. cit., p. 340. Hoje, cirurgiões e médicos dos grandes hospitais afirmam que, de cada vinte mortes, apenas uma é tranqüila. A Revista *Veja* realizou um importante trabalho de pesquisa sobre a escolha do lugar onde morrer, in: A DURA opção pela morte. *Veja*, São Paulo, n. 32, ago. 1994.

²³⁹ Comentário do periódico nazista *Das schwarze Korps*, narrado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., p. 374.

²⁴⁰ Id., *Ibid.*, p. 409-412.

eutanásia acrescentar um novo elemento definitorial: que aqueles que pudessem consentir, assim o fizessem e, que uma junta própria decidisse pelos outros, incapazes mentalmente de fazê-lo.

Hoje, o problema se apresenta com novas variáveis, não só pela estimativa crescente dos limites etários de sobrevivência (que ainda assim se fazem acompanhar de enfermidades física e emocionalmente dolorosas²⁴¹), como pela descoberta de recursos que podem suprir funções, como foi dito, definitivamente lesadas.

A eutanásia que, na acepção teológica, significava a morte em estado de graça, quase que como uma benção de Deus para seus eleitos, ganha, assim, outros significados, compelindo bioeticistas e juristas a buscar uma significação compatível com os novos fatos e valores da sociedade de risco.

A questão principal posta pela biotecnologia com repercussões no Direito Penal surge, como foi dito, pelas possibilidades de emprego de recursos tais, como o uso de drogas vasoativas, aparelhos de ventilação mecânica e emprego de técnicas de reanimação cardiopulmonar, que mantêm certas funções integras, ainda que, por vezes, momentaneamente (e apenas graças ao uso desse suportes) mesmo com a irreversível falência de um órgão ou de funções. É o que ocorre, por exemplo, com a morte encefálica, na qual o indivíduo ligado a equipamentos parece respirar, mantêm batimentos cardíacos, função renal e outras ativas; com o processo de diálise, que efetua a filtragem dos rins; com aparelhos e drogas que, respectivamente, realizam e preservam a função cardíaca etc.

Os limites entre vida e morte, como se tem assinalado ao longo deste trabalho, são cada vez mais tênues, havendo mesmo certos estados que aparentam entre si uma similitude, mas que são diferenciados no que tange às possibilidades de sobrevivência e de realização dos atributos de humanidade. Tais situações são designadas diferentemente e apresentam conseqüências também distintas no campo jurídico, daí a importância de seu conhecimento, ainda que de forma simplificada.

²⁴¹ O mal de Alzheimer, mais comumente apontado, consiste em uma degeneração progressiva e irreversível dos terminais nervosos do cérebro que leva o paciente, em estados mais adiantados da doença, a uma involução de suas funções, reduzindo-os a estados demenciais e à imobilidade. Segundo estudos de Harvard, atinge a 47,55% das pessoas com mais de 85 anos.

Uma das primeiras noções que se deve ter em consideração é a de morte encefálica, distinguindo-a de morte cortical. A morte encefálica corresponde à morte clínica e instala-se quando, além de lesionada a área cortical, o tronco encefálico é também atingido de forma irreversível. Neste estado, não há como se comandar as demais funções do organismo, que podem ser mantidas, provisoriamente, por suportes artificiais, embora já se tenha iniciado um processo irreversível de deterioração dos diversos órgãos.

No Brasil, tal conceito foi introduzido com a primeira lei de transplantes de órgãos, Lei n. 5.479, de 1968, e permanece na Lei n. 9.434/97, com as alterações impostas pela Lei n. 10.211/2001. No que tange ao paciente nesta situação, embora possam ser feitas restrições ao critério de morte encefálica, o desligamento de aparelhos não configura homicídio ou eutanásia, porque o bem jurídico vida já não existe ou, ao menos, não existe na forma convencional.

Já por morte cerebral (ou cortical, como sugerem outros), querem-se caracterizar aquelas situações nas quais as chamadas “altas funções cerebrais”, ou seja, aquelas responsáveis pela vida relacional (raciocínio, comunicação), são afetadas definitivamente. Segundo alguns autores, se alguém se encontra em determinado estado, no qual é incapaz de estabelecer vida relacional, deve-se entender que a pessoa está morta²⁴².

Outros estados, entretanto, podem gerar dúvidas sobre a vitalidade do paciente, entre os quais os autores²⁴³ costumam destacar o coma e o estado vegetativo persistente. O primeiro (o coma) refere-se a situações de graus variados, nas quais a pessoa pode, apenas transitoriamente, ficar reduzida à incapacidade.

²⁴² Confira-se, a propósito, as considerações constantes do capítulo terceiro.

²⁴³ Para um tratamento mais completo da matéria, vejam-se as obras de: GIACOMINI, N. A change of heart and a change of mind? Technology and the redefinition of death in 1968. *Soc Sci Méd*, Ontario, n. 44, p. 1465-1482, 1997; CIOMBRA, Cícero Galli; CAVALHEIRO, E. Implicações clínicas dos fenômenos inflamatórios desencadeados pela lesão de repercussão do tecido nervoso isquêmico. *Brazilian Journal of Medical and Biological Research*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 12, p. 1479-1487, dec. 1999. Disponível em: <<http://epub.org.br/bjmbr>>. Acesso em: 20 dez. 1999; AD HOC COMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH. A definition of irreversible coma: report, *JANA*, Chicago, v. 205, n. 6, p. 95-88, 1968; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida, op. cit.

Em certos níveis, as lesões podem ser irrecuperáveis, suscitando questionamentos a respeito da validade do emprego de recursos técnico-científicos. Excetuando o chamado coma ultrapassado, no qual o nível de lesão pode levar a um diagnóstico de morte encefálica, nos demais graus, os pacientes são considerados vivos. Já no estado vegetativo persistente, há a destruição do córtex cerebral, caracterizando a chamada morte cerebral.

Além dessas, outras situações devem ser distinguidas para que se possa compreender a necessidade de novas designações para as diferentes formas de antecipação da morte. Villas-Bôas²⁴⁴ distingue os pacientes terminais, ou seja, aqueles para qual enfermidade não há mais cura e a morte se apresenta como inevitável, daqueles com mau prognóstico, ou seja, cuja enfermidade não tem perspectiva de cura, podendo agudizar-se periodicamente, mas com possibilidade de sobrevivência com alguma qualidade. Há ainda situações classificadas como graves que podem resultar de eventos súbitos e, apesar de afetarem as funções nobres, têm condições de reversibilidade (excetuando o sistema nervoso central, cujo estado de irreversibilidade caracteriza a morte encefálica) com o uso de drogas de ponta e de equipamentos de alta tecnologia.

A grande dúvida posta pela biotecnologia reside na oportunidade de introdução desses recursos ou na sua suspensão, já que, muitas vezes, há vida apenas, porque está atrelada a eles, não havendo possibilidade de reversão do estado de dor e de sofrimento a que chegou o paciente.

7.3 As diferentes designações e seus elementos definitoriais

Os problemas sobre a oportunidade e a adequação de introdução desses recursos, sua manutenção e sua suspensão suscitam discussões sobre o tipo e o grau de enfermidade que os admitem sobre a necessidade de anuência do paciente ao tratamento, sobre a motivação da conduta, entre outros elementos. A observação dessas variáveis, por outro lado, permite distinguir diferentes fenômenos, que, por isso mesmo, demandam outras designações para a terminação da vida.

²⁴⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*, op. cit., p. 55-62.

Hoje, entre as inúmeras expressões propostas, destacam-se: eutanásia ativa direta e indireta, eutanásia passiva, mistanásia e ortotanásia, embora existam também designações que buscam nomear a antecipação da morte, de acordo com a vontade, a finalidade e o modo de atuação do agente²⁴⁵. Com sentido diverso, mas estreitamente relacionada ao tema, surgiu a expressão distanásia, que significa o prolongamento indevido e doloroso da existência.

As doutrinas germânica e italiana, por seu turno, referem-se à "ajuda para morrer" (termo que já carrega uma clara valoração na conceituação da eutanásia), distinguindo a ajuda ativa - o uso de substância para causar a morte, pondo fim ao sofrimento físico insuportável de doente terminal; e a seu pedido - da passiva: recusa ao uso ou suspensão de terapias artificiais, consentida pelo paciente, parentes ou cônjuge em face da morte iminente e inevitável.

O direito brasileiro adota a expressão tradicional (eutanásia), procurando, no rastro de outros países, distinguir as suas diferentes formas, para então lhes atribuir designação compatível com suas características. Apesar de se buscar sistematizar os elementos definitoriais das diversas formas de eutanásia, é necessário que se alerte que a delicadeza do tema impede a utilização rígida destes elementos diante do caso concreto. Por isso mesmo, Romeo Casabona²⁴⁶ afirma que "tem de deixar-se assentado que a realidade se apresenta com uma complexidade muito superior, que dificulta a valoração da oportunidade da decisão a tomar. Afirmarções como incurável, proximidade da morte, perspectivas de cura, prolongamento da morte, etc. são posições muito relativas e de uma referência em muitas ocasiões, pouco confiáveis".

Precedem à definição de eutanásia algumas classificações que dizem respeito à participação de terceiros (autônoma e heterônoma), à motivação do autor

²⁴⁵ Vide a respeito das classificações: MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*, op. cit.

²⁴⁶ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El medico ante el Derecho*. Madrid: Ministerio de Salud y Consumo, 1985. p. 39.

(libertadora ou terapêutica, eugênica ou selecionadora e econômica), à intenção do sujeito ativo (direta e indireta) e à conduta do agente (ativa e passiva)²⁴⁷.

A eutanásia, chamada autônoma, dispensa a participação de outra pessoa, enquanto a heterônoma depende desta mesma participação e faz com que a conduta ingresse no âmbito do Direito Penal.

A eutanásia econômica pode encontrar um sucedâneo na expressão *mistanásia*, - "morte miserável e antes do seu tempo" – embora, segundo Martin²⁴⁸, ela se refira também a novas categorias, antes não suscitadas: morte por falta de assistência do estado, por erro médico e por má prática. Se, no entanto, a atenção necessária para manter a vida não é prestada porque há uma recusa deliberada em investir recursos no tratamento de certas enfermidades, denomina-se o fato como eutanásia eugênica cujo sentido etimológico está ligado a aperfeiçoamento da espécie via seleção genética e controle da reprodução.

A eutanásia libertadora, por fim, é aquela que tem como objetivo eliminar o sofrimento e a dor, abreviando a vida. O elemento central do conceito consiste na motivação, ou seja, “o homicídio eutanásico deve ser entendido como aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima e a pedido ou com o assentimento desta²⁴⁹”. As teses extensivas como as de Binding e outras que escapam ao sentido etimológico da expressão eutanásia não obtiveram acolhida no Direito positivo ou na doutrina, constituindo, como lembra Nelson Hungria²⁵⁰, um momento de exceção na história recente da humanidade.

De fato, os autores nacionais, como Magalhães Noronha²⁵¹, acolhem a expressão com o sentido de designar a morte “dada a pedido ou com o

²⁴⁷ Vide a respeito das classificações: CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, op. cit.; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida, op. cit., p. 97 e ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*, op. cit., p. 339-341; ORGEIG GIMBERNAT, Enrique. *Vida e Morte no Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2004. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. p. 3; MANTOVANI, Ferando. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, ano 4, v. 4. p. 32-53, 1991.

²⁴⁸ MARTIN, Leonard M. Martin. Eutanásia e distanásia, op. cit., p. 174.

²⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1982. v. 5. p. 127.

²⁵⁰ Id., loc., cit.

²⁵¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

consentimento da vítima, que padece de enfermidade incurável ou muito penosa, tendo o fim de lhe abreviar a agonia dolorosa ou prolongada”. Aníbal Bruno, por seu turno, alertando para a manipulação do termo pelos alemães, diz que “é a eutanásia em sentido verdadeiro e próprio, auxílio para morrer, que se pratica por sentimento verdadeiro e intenso de piedade que leva o homem ao ato constrangedor de dar morte a outro homem²⁵²”.

O móvel piedoso também é requisito na doutrina estrangeira, conforme se pode ver em Jiménez Asúa, que, na obra multi-referenciada, trata sempre a matéria como homicídio piedoso, assim também Cuello Calón²⁵³. Casabona²⁵⁴ salienta que aquele que é confrontado com o padecimento do enfermo pode sofrer tais níveis de alterações emocionais e anímicas, que estas devem ser tomadas em consideração no tratamento penal de sua conduta. Em outro sentido, há autores²⁵⁵ que entendem que a compaixão pode ser repudiada, porque se revela "como uma tecnologia de poder que insiste em aparecer com a máscara de um desapaixonado e necessário humanismo".

Bernardo Del Rosal Blasco²⁵⁶ adverte sobre o significativo papel que a vontade do paciente e seu interesse em uma vida e morte dignas devem ter na conceituação da eutanásia, preponderando sobre a eventual compaixão de terceiros. A inserção do consentimento como elemento definitorial, também está em Cuello Calón²⁵⁷, para quem a morte praticada sem o consentimento do paciente consistiria em homicídio qualificado, pela situação de vulnerabilidade do enfermo. Neste caso, o motivo piedoso poderia ser alegado apenas como atenuante, sem que

²⁵² BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

²⁵³ CUELLO CALÓN. *Tres temas penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundación artificial*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1955.

²⁵⁴ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

²⁵⁵ CAPONI, Sandra. Da compaixão piedosa à solidariedade. *Jornal do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, ano 14, n. 104, p. 8-9, abr. 1999. p. 8 cita, em seu abono, Nietzsche, Hannah Arendt e Thomas Szasz.

²⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 3, n.12, p. 11-33, 1995.

²⁵⁷ CUELLO CALÓN. Eugenio, op. cit., p. 151.

se afastasse a qualificadora. No mesmo sentido, Claus Roxin²⁵⁸, todavia, despreza totalmente as causas da conduta, para pôr em relevo a manifestação da vontade de pessoa gravemente doente, ou, pelo menos, para tomar em consideração “a sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana”. O autor refere-se, ainda, à eutanásia em sentido amplo, “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”.

O consentimento passou a ter preponderância na configuração da eutanásia desde que os avanços médicos introduziram dúvidas sobre a oportunidade ou não de utilização de todos os recursos que a medicina disponibiliza para o prolongamento da vida. A inserção deste requisito, porém, abala o princípio da proteção absoluta que, como foi visto, já é afetado por interesses do Estado na legítima defesa e outras excludentes. Por isso mesmo, é possível pensar na relativização do princípio, quando se tratar de interesse do próprio paciente, afetado por grave sofrimento. A questão, entretanto, não é simples, fazendo ressurgir indagação sobre os limites da autonomia do indivíduo e a possibilidade do seu exercício diante de qualquer bem jurídico; se a vida é um bem indisponível e o estado tem o dever de protegê-la, pode-se permitir que o indivíduo tenha autonomia para decidir sobre sua morte?²⁵⁹ Cláudio Brandão²⁶⁰ lembra que a consideração do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude não é nova e que o Direito Romano já admitia sua eficácia mesmo diante de bens jurídicos como a vida e a integridade física.

Ao princípio da intangibilidade da vida (como valor sagrado, numa perspectiva humanística ou teológica), tem-se contraposto o da liberdade de construí-la da maneira que pareça satisfatória ao indivíduo, de forma que, não suportando mais a existência, a pessoa pode livremente decidir sobre seu fim. A

²⁵⁸ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da Eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n.32, 10-37, 2000. p. 10-11.

²⁵⁹ O julgamento de Armin Meiwes – alemão e analista de sistemas – no qual foi tomado em consideração o consentimento da vítima para ser devorada após sua morte, é um exemplo de utilização indevida do consentimento como elemento que atenua a reprovação do fato porque não encontra apoio na moralidade média.

²⁶⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 127.

extensão dessa liberdade, por seu turno, também é questionável, na medida em que a decisão pode ser fruto do constrangimento causado pelo sofrimento e pelos ônus impostos à família.

A preponderância da vontade sobre o móvel ocorre, sobretudo, na eutanásia passiva e na ortotanásia, na qual se deve decidir sobre o início, manutenção ou interrupção de um tratamento. A consideração da vontade representa um avanço na afirmação da autonomia do indivíduo, diante da idéia de que o princípio da vida como valor absoluto (portanto de sua intangibilidade) é inafástavel e inflexível, não importando a situação que se apresente. Significa, portanto, uma forma de salvaguardar a pessoa, em sua dignidade, das formas frias e dolorosas de prolongamento da vida, respeitando o sentido que morte e vida têm em sua existência.

Quanto à intenção, fala-se em eutanásia direta quando o agente, movido por sentimento de comiseração, pratica atos que têm em vista encurtar a vida do paciente, eliminando seu sofrimento.

Como diz Leonard Martin²⁶¹, boas intenções, porém, não levam sempre a bons resultados; porque, embora movido pela compaixão, o fato é que a morte acaba por tirar “da pessoa não apenas a possibilidade de sentir dor, mas também qualquer outra possibilidade existencial”. Segundo o autor, fundadamente, a questão da intenção ganha outro relevo diante da chamada eutanásia indireta, ou seja, quando, com a finalidade de aliviar a dor, são aplicados medicamentos que, além de atenderem a este fim, também provocam o encurtamento, não desejado pelo autor, da vida. Chama-se a este procedimento de duplo efeito, porque o fim buscado imediatamente pode conduzir a outro, secundário, que é a abreviação da vida que se encontra em uma situação, na qual o máximo de resultado positivo, ao alcance da medicina, consiste no alívio da dor.

O duplo efeito, segundo Roxin²⁶², seria teoricamente considerado hipótese de homicídio praticado com dolo eventual, embora, de acordo com a opinião dominante na Alemanha, não seja punível, ou porque é afastada a tipicidade – já que se entende que o comportamento é socialmente adequado -, ou porque o

²⁶¹ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia, op. cit., p. 183.

²⁶² ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, op. cit., p. 14-15.

consentimento do ofendido constitui causa que afasta a punição, posição da qual compartilha.

Entre nós, o consentimento não opera, por si só, a descriminalização da conduta diante de bens indisponíveis, a menos que outros critérios estejam presentes, como na ortotanásia, conforme se verá. A conduta constitui uma forma do que Graf Zu Dohna chamou de “justo meio para um justo fim”²⁶³, e, assim, não pode ser típica; ademais, como já se disse, o médico não tem o dever jurídico de prolongar a vida a qualquer preço, mas sim o de aliviar, criteriosamente, a dor e o sofrimento do paciente.

Entre o dever de estender a vida da pessoa pelo maior espaço de tempo possível e o de aliviar-lhe o sofrimento intenso com medicações, prevalece a segunda opção. Ademais, se a todas as ações de risco permitido, se conjugar o resultado que, por ventura, elas venham a causar, grande parte das atividades econômicas e sociais seria paralisada. Como ficariam ações dos chamados “bons samaritanos”, pessoas que voluntariamente prestam socorros nas ruas, embora quase sempre sem os recursos e técnica adequados, quando de seus atos resultarem traumas que agravam a lesão da vítima?

A própria Igreja Católica, usualmente rígida quanto à antecipação da morte, através do Papa Pio XII²⁶⁴, admitiu que se a “administração de narcóticos causa, por si mesma, dois efeitos distintos, a saber, de um lado, o alívio das dores e, do outro, a abreviação da vida, é lícita”.

Gilselle Mendes de Carvalho²⁶⁵, tratando dos elementos que integram o tipo de injusto do homicídio eutanásico, introduz, em sintonia com os anteprojetos de código penal brasileiro, mais dois: terminalidade/incurabilidade do quadro patológico, mas insere também a invalidez irreversível que pode ser admitida alternativamente, como requisito.

A terminalidade, por seu turno, assenta em dois outros pressupostos: a irreversibilidade da doença e a inexorabilidade da morte em um dado tempo,

²⁶³ Apud HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6. p. 170-171.

²⁶⁴ Cf. HORTA, Márcio Palis. Eutanásia: Problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, Brasília, v.1, n. 1, p. 27-34, 1999.

²⁶⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRim, 2001.

independentemente do emprego de todos os recursos disponíveis. Para o *American College of Physicians*, este prazo é de três a seis meses. Embora a irreversibilidade integre a noção de terminalidade, o oposto não é verdadeiro; nem toda pessoa em estado irreversível, tetraplégica, por exemplo, é paciente terminal. Na realidade, estender a sujeição passiva da eutanásia a um paciente nessa situação significa uma ampliação excessiva do conceito, porque sustentado apenas no sofrimento da pessoa. A se validar tal hipótese, o sofrimento emocional (moral) que leva ao suicídio (talvez o mais intenso que possa ser vivenciado) deveria ser legitimado e incluído no conceito. O sofrimento que compõe a definição de eutanásia deve, portanto, ser compreendido como físico.

A eutanásia passiva, que não prescinde dos elementos supra-elencados, toma, como referência, conforme dito, a forma de atuação do agente, constituindo uma deliberada omissão de prestação de tratamentos médicos em face da qual a vida vem a ser encurtada. Ou seja, tal modalidade consiste na abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos proporcionais ou úteis que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja abstenção antecipa a sua morte. O conceito impõe a elucidação de outras duas noções: a de recursos ordinários (proporcionais) e extraordinários (desproporcionais ou fúteis).

A biotecnologia, mais do que em qualquer outra forma de ajuda para morrer, interfere na precisa definição de eutanásia passiva, já que se tem entendido, a partir do século XX, com pronunciamento do Papa Pio XII²⁶⁶, que existe uma distinção entre recursos ordinários e meios extraordinários. A eutanásia passiva consiste na suspensão daqueles e não destes, portanto, de meios considerados úteis que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja abstenção antecipa a morte. Tem-se considerado que são ordinários aqueles meios disponíveis para um grande número de casos, econômicos e de aplicação temporária. Já os extraordinários, restritos a alguns casos, são de alto custo e tecnologia, exigem uso permanente e estão ainda em fase de experimentação. Apesar da introdução de elementos concretos para se aferir a designação, a constante evolução da ciência dá causa a que um suporte tido como extraordinário seja, rapidamente, considerado como ordinário. Repita-se a propósito, exemplo dado por Nelson Hungria, já referido, ao tratar, como meios heróicos de manutenção da vida, a hidratação orgânica com soro

²⁶⁶ Cf. MARTIN, Leonard. Eutanásia e distanásia, op. cit., p. 189.

fisiológico, o uso de antibióticos e de tenda de oxigênio, tidos, na sua época, como recursos extremos para “distrair a morte”.

Buscando maior precisão, a Declaração sobre Eutanásia da Igreja, em 1980, aperfeiçoa os conceitos e adota, conforme Leonard Martin²⁶⁷, a terminologia *meios proporcionais* e *meios não proporcionais*, admitindo ademais que “é lícito, em sã consciência, tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes”. O emprego de medidas desproporcionais pode resultar em distanásia, ou seja, num prolongamento doloroso e indesejado da vida, feito, muitas vezes, mais por amor à tecnologia do que à pessoa.

Villas-Bôas²⁶⁸ pondera, porém, que, se um meio extraordinário puder causar algum alívio em mortes agônicas, sem que represente obstinação terapêutica ou tratamento fútil, a exemplo da ventilação mecânica, a intubação deve ser realizada. Os remédios, que aliviem a dor, equilibrem a pressão arterial, tratem infecções e incidentes intercorrentes e outros da mesma natureza são reconhecidas como recursos ordinários.

A designação ortotanásia, por seu turno, exige a introdução de mais uma noção, a de morte iminente que, embora se assemelhe à de terminalidade, deve ser interpretada de forma menos ampla. O conceito de iminência serve para afastar a tipicidade da conduta do médico que omitir ou suspender medida fútil ou meramente protelatória da morte e cuja manutenção importa em mais prejuízos e agonias do que em benefícios para o paciente. Sua restrição permite que a morte advenha da própria doença, sem que se submeta o doente a novas abordagens que, além de lhe invadirem o corpo e a alma, já não têm como produzir qualquer melhoramento quanto à enfermidade.

No Direito Penal, tradicionalmente, a interpretação dada à expressão iminente, quer dizer imediata, que está prestes a desencadear, haja vista a distinção que se faz classicamente entre legítima defesa e estado de necessidade, merecendo

²⁶⁷ MARTIN, Leonard. Eutanásia e distanásia, op. cit., p. 189.

²⁶⁸ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*, op. cit, p. 70.

no particular, todavia, certa extensão que possa compreender o prazo de alguns dias, ou poucas semanas.

A noção de ortotanásia completa-se com a associação daquela referente aos meios desproporcionais ou extraordinários, isto é, aqueles que se mostram desnecessários no caso concreto e cujo emprego deve estar ligado a situações agudas, nas quais é possível haver reversibilidade do quadro. Na ortotanásia, o paciente é terminal e sua morte é iminente, de forma que o uso destes recursos apenas adia, sem qualquer possibilidade de reversão do quadro – de intenso sofrimento – a morte da pessoa. Os meios são desproporcionais, porque apenas protelatórios e, sem causar alívio ao paciente, tomam-no em sua realidade puramente biológica. Existe certa discordância se a utilização de alimentação e hidratação (A/H), sobretudo artificiais, em pacientes terminais inconscientes, deve ser considerada como serviço elementar, como quer Gonzalo Miranda²⁶⁹, ou como opção terapêutica. Este autor sustenta que, a menos que a administração desses recursos seja inútil e penosa para o enfermo, ela constitui elemento fundamental para a vida, não devendo ser confundida com *meios terapêuticos*, ainda que feita por via parenteral. De fato, o ato de alimentar e hidratar não tem como fim curar a causa que provocará a morte, mas permitir que o organismo continue realizando sua atividade até que sobrevenha seu termo final. Há autores, no entanto que entendem que, em situação de coma irreversível, não existe mais uma pessoa (coerente com aquelas posições que postulam pelo critério da morte essencialista) e sim uma “não-pessoa” incapaz para realizar a vida afetiva e cognitiva. Outros, ainda, ao defenderem a retirada de A/H, afirmam como Rourke²⁷⁰, que este ato não induz uma nova patologia, o que poderia caracterizar a eutanásia, mas que ele permite, ao revés, que a doença fatal siga seu curso.

Ortotanásia quer dizer a morte a seu tempo, morte que permite que o indivíduo parta desta vida como ser humano, porque, diante de certas situações,

²⁶⁹ MIRANDA, Gonzalo. *Bioética e eutanásia*. São Paulo: EDUSC, 1998.

²⁷⁰ ROURKE, K. O. Statement on tube feeding: an ethical analysis. *America*, New York, v. 155, n. 15, p. 321-323, nov. 1986. p. 322.

pode ocorrer, como conclui com maestria Antonio Beristein²⁷¹, “que o sentido da vida humana já não se possa invocar, mas o sentido da dignidade da morte”.

O consentimento do doente (atual, registrado em petição – geralmente os chamados testamentos vitais no Direito americano – ou inferido por posições anteriores, ou, ainda, suprido por seus familiares) é indispensável para caracterização da ortotanásia. Pergunta-se: nos casos de consentimento anterior à situação, expressado quando a pessoa era saudável, como é possível saber se ainda persiste o mesmo desejo?

Quando a decisão é tomada por parentes e amigos, envolve conflitos e se faz acompanhar de projeções pessoais, na medida em que assuntos como vida e morte têm sempre uma ampla repercussão no indivíduo. Dworkin²⁷² destaca a importância de se instalarem debates sobre a questão inclusive sobre o interesse que deve prevalecer, se o da pessoa em vida vegetativa ou em profundo sofrimento ou o daquelas que interpretam a situação. Muitas vezes, lembra o autor, as pessoas que se opõem ao ato, ainda que o enfermo tenha-se decidido deliberadamente por este, crêem que a morte é um mal que deve ser evitado. Outras atitudes dos que estão próximos ao doente, tais como o medo da morte, do pecado e do castigo, acompanham o difícil processo de decisão racional.

Aníbal Bruno²⁷³, em 1976, já reconhecia a ortotanásia quando admitia que não integra o Direito punitivo a conduta do médico que se abstém de empregar meios terapêuticos para prolongar uma vida que “natural e irreversivelmente se extingue”. Entendia, portanto, que, nestes casos, não havia o dever jurídico do médico de protelar a morte.

Expressões, tais como proporcionalidade, meios extraordinários, terminalidade, permitem que lhes sejam atribuídos diversos significados que afinal devem ser orientados pelo princípio da proporcionalidade. Dar-se-á peso especial à qualidade de vida que se pretende salvar ou manter com a terapia, evitando-se

²⁷¹ BERISTAIN, Antonio. Prolegômenos para a reflexão penal-criminológica sobre o Direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 4, v. 4, p. 11-31, 1991. p. 20.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 248-252.

²⁷³ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, op. cit.

impor a reanimação em doenças incuráveis em fase terminal, como também entende a Igreja Católica²⁷⁴.

Todas essas expressões, assim como os elementos que as integram, surgiram em razão de uma realidade que se diversifica em face de novos fenômenos a que a biotecnologia deu causa. É preciso esclarecer o significado de cada uma delas, evitando imprecisões semânticas que dificultam a disciplina adequada da matéria. No mundo fenomênico, a distinção é também relevante, porque produz reflexos imediatos, no Direito, que dispensarão a cada uma das modalidades tratamentos compatíveis, com sua maior ou menor reprovação.

7.4 As propostas legais de tratamento da matéria: os anteprojetos de Código Penal e a Eutanásia

A reforma do Código Penal brasileiro, iniciada desde 1963 com o anteprojeto de Nelson Hungria, permanece inconclusa e se continua fazendo através de mudanças pontuais com a inserção de dispositivos tanto na parte geral, quanto na parte especial. Não se renunciou, todavia, à idéia de uma reforma mais ampla que possa operar a descriminalização de condutas e, ao mesmo tempo, ajustar o Direito Penal às novas exigências sociais.

Pode-se falar, em síntese, de quatro tentativas de reforma: a de 1984, presidida pelo Ministro Assis Toledo, a quem substituiu o Desembargador Luis Vicente Cernicchiaro; a de 1994, que se valeu do trabalho anterior; e as de 1998 e 1999, para as quais o projeto de 1994 serviu como ponto de partida.

Alegavam os Ministros da Justiça, que constituíram as Comissões de 1998 e de 1999, a incontestável necessidade de atualização do Código Penal, que já não traduzia o sentimento comum da sociedade, devendo, por isso, ajustar-se às novas exigências²⁷⁵. Entretanto as discussões sobre questões relativas às novas formas de ataque à vida e, conseqüentemente, sobre a tutela penal que lhes deve

²⁷⁴ PONTIFICIO CONSIGLIO «COR UNUM» *Questioni etiche relative ai malati gravi e ai morenti*. Disponível em: <<http://infinito.it/utenti/i/interface/Qetiche>>. Acesso em: 16 nov. 2004.

²⁷⁵ O Ministro Renan Calheiros chegou a anunciar que pretendia dotar o país de um texto normativo compatível com o terceiro milênio. In: CALHAEIROS, Renan. *Um Código para o Século XXI*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 5 abr. 2001.

ser dispensada, foram cautelosas, enfatizando-se outras mais simples e menos polêmicas, cuja incriminação já não se justificava, a exemplo do adultério, da bigamia e da sedução.

É verdade que a Comissão foi prudente e chegou a afirmar que fatos não conhecidos em sua extensão normativa, porque ainda em formação, como a engenharia genética, não seriam tratados no bojo do Código, o que ocorre na maior parte dos países, inclusive no Brasil, constituindo um subsistema autônomo. Quanto à eutanásia e ao aborto, por constituírem questões conflituosas, pouco foi dito, embora os anteprojetos registrassem as diferentes formas de antecipação da morte e distinguíssem a reação penal diante de cada uma delas.

Foi o Anteprojeto de 1984 que buscou inserir inicialmente o tipo de eutanásia no ordenamento jurídico nacional através do parágrafo 3º do artigo 121. Estava prevista, nesse dispositivo, a isenção de pena para a conduta do médico que "com consentimento da vítima, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para abreviar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico".

Tal como formulado o aludido tipo, nele estariam compreendidas tanto a eutanásia ativa, quanto a passiva e a ortotanásia. O legislador não esclareceu as formas de dor que autorizam o comportamento, incluindo, indevidamente, entre os sujeitos passivos os pacientes em estado vegetativo e aqueles com invalidez irreversível. Ocorre, todavia, que não é justo reunir numa mesma figura ações sobre as quais pesam diferentes níveis de desvalor; são diversas as condutas de quem mata um paciente terminal que padece de dores físicas; de quem, por ação, extingue a vida de uma pessoa parálitica; de quem se omite em dar remédios ou alimentos a pessoa gravemente enferma para que morra de inanição; e, finalmente, de quem se recusa a reanimar paciente, com metástase disseminada, incapaz de voltar à vida com os requisitos de humanidade. Relembrando Régis Prado²⁷⁶, a vida não é apenas uma realidade biológica, a ela se somam outros atributos, como dignidade e autonomia que impedem que se valorem, de forma semelhante, situações diferentes.

Posteriormente, no ano de 1994, esse trabalho foi revisto por nova Comissão, recebendo o nome de Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte

²⁷⁶ Vide nota 28, capítulo terceiro.

Especial – em cujo texto, o artigo 121, parágrafo 3º, passou a ter a seguinte redação: “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestado por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. Com este dispositivo, disciplina-se a ortotanásia, figura que depende de requisito específico, qual seja, que a morte esteja sendo protelada graças, apenas, ao uso de suporte artificial (desproporcional em face da irreversibilidade do quadro). O fato de que a conduta possa ser praticada por qualquer pessoa, embora possa merecer reparos, libera os médicos de, após a constatação do fato por um colega, ser a pessoa que deve, de mão própria, dar causa à morte biológica.

Os autores do Anteprojeto sob comento avançaram quanto ao tratamento penal da matéria, fixando, diversamente do que ocorrera em 1984 (quando se resolveu tão só pela não punibilidade do fato – “não se pune”), a exclusão de ilicitude (“não há crime”) porque justificada a omissão. Para os doutrinadores que propugnam por uma teoria bipartida do crime (o tipo consistindo no próprio injusto positivado), excluída a ilicitude, também estará excluído o tipo, de forma que aquele fato específico – a suspensão do tratamento considerado fútil - é lícito porque o Direito lhe confere chancela – já conferida no plano social - excluindo-o do rol daqueles outros que não reúnem os mesmo requisitos, ou seja, esta situação, no plano dos fenômenos não é igual a outros fatos considerados lícitos, daí a necessidade de o legislador explicitar o juízo de valor que fez sobre a ortotanásia, justificando-a.

Em sentido diverso, outros autores²⁷⁷ entendem que não se trata de hipótese de exclusão de ilicitude, porém, mais propriamente, de exclusão de culpabilidade, porque a escusa refere-se ao agente e à sua situação com relação ao enfermo, não ao fato em si. É bem verdade que a culpabilidade é um juízo de valor sobre o autor, enquanto a antijuridicidade refere-se ao fato. Ocorre que, na ortotanásia, não se censura ao autor porque o fato por ele praticado não é reprovável, mas, ao contrário, contribui para conferir dignidade ao que está morrendo.

²⁷⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Minas Gerais: Del Rey, 2000.

Em 1998, outra Comissão, designada em 1997, com base nos textos anteriores, distinguiu a eutanásia da ortotanásia, tratando a primeira no artigo 121 parágrafo 3º, como uma hipótese de homicídio privilegiado, descrevendo-a por meio da utilização de alguns elementos que integram o conceito doutrinário de eutanásia, ou seja, “*se o autor agiu, por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave*”. Os projetistas, tendo excluído o conceito de terminalidade e irreversibilidade do quadro, com tal redação, ampliaram de tal forma a eutanásia que uma pessoa em razão de fraturas múltiplas, padecendo de fortes dores, poderia ser sujeito passivo do crime.

Há interpretações que entendem que o tipo descreve a eutanásia ativa direta²⁷⁸, uma vez que o termo *agiu* é tomado como a expressão de uma ação. Nada impede, porém, que o fato possa ser produzido tanto por meio de uma ação quanto de uma omissão (crime omissivo impróprio) porque não é justo que apenas a conduta positiva seja beneficiada pelo privilégio, quando se tem entendido que esta revela, mais do que a omissão, determinação na produção do resultado. A questão assume peculiar relevância diante da figura dos garantidores, pessoas que, segundo o artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal, têm o dever de agir, não podem abster-se de prestar a assistência médica ou cuidados de saúde necessários.

É possível concluir também que seriam sujeitos passivos da eutanásia, direta e indireta, ativa e passiva, pessoas com morte cortical, em estado vegetativo, em coma (situações nas quais nem sempre é possível o diagnóstico de dor) ou aquelas que apresentem qualquer enfermidade que se faça acompanhar de dor e sofrimento, sejam ou não terminais.

No parágrafo 4º, do artigo 121, do mesmo Anteprojeto, constava a figura da ortotanásia, (cuja distinção da eutanásia era feita na Exposição de Motivos), para afastar a ilicitude da conduta daquele que “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.

²⁷⁸ Cf. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*, op. cit., p. 234, e CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, op. cit., p. 60.

Já o Anteprojeto de 1999 transforma a eutanásia em delito próprio e altera, no que tange à ortotanásia, a ordem de preferência dos familiares, privilegiando o consentimento do cônjuge sobre o dos demais parentes. A eutanásia passou a ter a seguinte estrutura normativa: “Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados” (121, §3º).

A pena cominada, no Anteprojeto anterior, que era de três a seis anos, foi diminuída, no novo texto, para dois a cinco anos.

A figura, mais restritiva que a de 1998, toma apenas como consentimento válido aquele dado por uma pessoa mentalmente sã e maior (à época) de dezoito anos, o que merece reparos porque o sofrimento insuportável também se manifesta em inimputáveis. Além do mais, o pedido aqui requerido quer servir como mais um elemento para consolidar a convicção de que se está diante de um homicídio praticado por compaixão e não por egoísmo ou outro motivo torpe. Não se exige, nessas questões Bioéticas, uma vontade capaz e apta a entender complexas relações civis, por exemplo, mas apenas aquela suficiente para demonstrar como o paciente se sente a respeito de determinada intervenção. Como afirmam Romero Muñoz e Fortes²⁷⁹, a competência de uma pessoa deve ser aferida diante de cada ação e não para todas as decisões de sua vida, e, desta forma, o fato de uma pessoa ser portadora de uma doença mental, não a incapacita para decisões com respeito à sua saúde e à sua vida. Caso se considere que o consentimento informado deve ser obrigatoriamente obtido para qualquer procedimento porque constitui o cerne da Bioética de base humanística, não se pode ignorá-lo nas situações do artigo: *1. sofrimento físico insuportável, 2. em razão de doença grave, e 3. em estado terminal, devidamente diagnosticados*. De qualquer sorte, sempre é possível subsumir a hipótese de pedido para morrer de inimputáveis à figura do homicídio privilegiado.

²⁷⁹ ROMERO MUÑOZ, Daniel; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70. p. 59.

Deve-se destacar que, se o paciente deseja manter-se lutando contra a morte, mesmo diante de prognóstico de incurabilidade, sua vontade deve ser respeitada.

Quanto à *ortotanásia*, dispôs-se: "§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, cônjuge, companheiro de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão".

Claus Roxin²⁸⁰, a respeito da eutanásia passiva, designação equivalente no Direito alemão à ortotanásia, diz que mesmo quando haja fisicamente uma ação, desligar a ventilação mecânica, nestes casos deve-se considerar a hipótese como "uma omissão de ulteriores cuidados" em virtude da significação social do fato. Recomenda, assim, uma interpretação normativa e não naturalística da conduta de interrupção técnica de tratamento.

O Anteprojeto de 1999 não foi, ainda, submetido a debate público, ocasião em que poderá ganhar outros contornos ou até ter excluída a figura, o que não impede que tais ações sejam praticadas no silêncio dos hospitais onde ganharam legitimidade.

7.5 Eutanásia e suicídio assistido, viabilidade técnica e disciplina legal: Viabilização da eutanásia e do suicídio assistido pela lei e pela tecnologia

Enquanto o direito brasileiro dá seus primeiros passos na direção do tratamento normativo da matéria, os fatos se antecipam, surgindo situações que se resolvem na prática, fomentadas pelos constantes avanços tecnológicos.

Margaret Battin²⁸¹ acredita que a resistência na legalização da eutanásia e do suicídio assistido tem permitido o surgimento de meios alternativos para morrer sem dor, quando o paciente julgar que esta é a melhor opção. Trata-se de métodos chamados "*NuTech*" que incluem desde simples sacos plásticos a sofisticados

²⁸⁰ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, op. cit., p. 20.

²⁸¹ BATTIN, Margaret Pabst. New law, new troubles in the assistend death debate. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília. Anais... Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética. UNB, 2002. p. 48.

aparelhos que permitem o transporte e a inalação de hélio e outros gases inertes que provocam a morte por hipoxemia. Tais mecanismos dispensam a prescrição de drogas e assistência médica e constituem um meio eficaz, segundo a autora, para superar as resistências que impedem a promulgação de leis liberais, como as de Oregon e do Território do Norte da Austrália. A *NuTech* é tida por alguns como uma prática negativa e bizarra que sobrevive e se consolida porque se aproveita do medo e da angústia do paciente de uma morte dolorosa.

Ao proporcionar a morte sem dor²⁸², as novas tecnologias desafiam o Direito, afirmando sua supremacia sobre qualquer comando. De fato, tem-se enfatizado, como uma das grandes vantagens dos novos aparatos, além de seu baixo custo (a partir de 40 dólares), o fato de não serem detectáveis mediante autópsia ou outro exame físico. Na Austrália, o médico Philip Nitschke²⁸³ criou um equipamento capaz de provocar a morte rápida e indolor de pacientes terminais por inalação de monóxido de carbono puro. Contudo a utilização de tais equipamentos conduz a adequação do fato a outro tipo penal, o do suicídio assistido, expressão usada no Direito alienígena e que corresponde ao auxílio ao suicídio (art. 122) do Código Penal brasileiro.

O suicídio assistido por médico, como ocorre nos Estados Unidos, distingue-se da eutanásia na forma como é conhecida no direito brasileiro porque, naquele, embora o autor predisponha dos meios para a realização do ato, é o paciente que os executa, tornando-se autor da própria morte. Na Alemanha, o fato é impunível porque a punibilidade de um fato que é auxiliar depende da antijuridicidade do fato principal e, como o suicídio é impunível, o auxílio é atípico. Roxin propõe como critério final para elucidar a distinção entre homicídio a pedido e auxílio ao suicídio o do domínio sobre o último e definitivo fato que provoque a morte, ao afirmar que: “Se possuir o suicida, a contribuição de um estranho somente poderá constituir uma participação impune; se, pelo contrário, pertencer o domínio ao estranho, trata-se de um homicídio a pedido da vítima, punível”²⁸⁴. Aquele que

²⁸² Estudos sobre a forma rápida, tranqüila, sem desfiguração como o indivíduo morre foram relatados por BATTIN, Margareth. *New law, new troubles in the assistend death debate*, op. cit.

²⁸³ ALFÂNDEGA Australiana apreende “máquina de morrer”. Disponível em: <<http://www.aerospace.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2003.

²⁸⁴ ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, op. cit., p. 30-31.

prepara e disponibiliza o dispositivo com o qual o doente vai dar cabo de sua vida, é, portanto impunível.

Uma nova lei, de 10 de abril de 2001, disciplinando a eutanásia e o suicídio assistido, foi aprovada na Holanda e, ao contrário do que se tem pensado, as condições para seu exercício tornaram-se mais severas do que quando se tratava de uma prática apenas tolerada. Não se exigia, por exemplo, que a doença que motivara o pedido para morrer fosse incurável bastando, para fundamentar a impunidade do fato, a voluntariedade do pedido e a impossibilidade de aliviar o sofrimento do paciente. A lei não impõe que o sofrimento seja físico, mas estabelece outras condições restritivas, para que o ato possa ser realizado: a) que o indivíduo padeça de mal incurável, causador de grave sofrimento; b) praticada por um médico; c) que tal profissional tenha agido obedecendo às regras de cuidados específicos (retiradas, sobretudo, da jurisprudência); e d) que haja comunicação do caso a um comitê de controle. Foi introduzida uma inovação que diz respeito à possibilidade de pedido prévio de eutanásia para o caso de ocorrer uma posterior situação de incapacidade que impeça a expressa manifestação de vontade neste sentido; a qual é chamada de declaração de intenção de eutanásia.

A Bélgica, recentemente, juntou-se à Holanda na legalização da eutanásia, o que sugere a possibilidade de outros países de cultura próxima virem a tomar a mesma posição.

Nos Estados Unidos, o governo federal vem desenvolvendo esforços (desde a administração do Presidente Clinton, quando se recorreu à Corte Suprema) para impedir o suicídio assistido por médico, que é proibido em 32 Estados. A Suprema Corte, atendendo, aparentemente, aos apelos do Presidente, em 1997, declarou-se não inclinada a considerar o suicídio assistido como Direito constitucional. Nesta ocasião, rejeitou as decisões das comarcas e ratificou as leis dos Estados de Nova York e Washington que estabelecem como crime o fato de médicos ministrarem drogas a seus pacientes terminais, em estado de lucidez, atendendo a seus pedidos. A legislação do Estado de Nova York distingue entre quatro tipos de práticas que podem levar à antecipação da morte: a abstenção e suspensão de tratamento (se consentida), o suicídio, a assistência à prática de suicídio e a eutanásia ativa. Na primeira forma, a lei assegura a supremacia e a autonomia da vontade sobre a imposição de tratamento médico arbitrário, ainda que

necessário. As duas últimas espécies não são legalizadas; e quanto ao suicídio, embora não seja crime, tampouco constitui um direito do cidadão.

Segundo Edgard Rotman²⁸⁵, a referida decisão da Suprema Corte Americana foi limitada porque nela apenas se deliberou sobre se a pessoa teria um direito genérico ao suicídio assistido, mas não especificamente quanto aos seis pacientes terminais que a ela recorreram e que morreram antes da decisão.

O Estado de Oregon, no entanto, teve a prática permitida por norma do Poder Legislativo estadual (*The Oregon Death With Dignity Act*) que disciplina a morte com dignidade desde que se trate de pessoas residentes no estado que sofram de doença terminal. Prevê, ainda, que o paciente que desejar participar do programa receberá quarenta e cinco dólares do governo.

O conceito de *terminal*, utilizado no referido Ato, coincide com aquele do *American College of Physicians*: morte que ocorrerá, de acordo com os conhecimentos médicos dentro de seis meses. Nestes casos, tais indivíduos podem receber prescrições de seus médicos para o uso de medicações letais, para as quais, todavia, o profissional não necessita estar presente.

Estudos²⁸⁶ realizados sobre a questão concluíram, todavia, pela necessidade de presença do médico durante o ato por diversos motivos: proporcionar maior confiança ao paciente, partilhando com ele e seus familiares os últimos momentos de vida; acalmar os familiares, aconselhá-los e explicar-lhes sobre o que acontece no intervalo entre a ingestão da medicação e a morte (cuja variação apurada foi de 4 minutos a 26 horas) e, para finalizar, uma morte agônica quando as drogas orais demoram de produzir efeitos.

Peter Singer²⁸⁷ diz que os argumentos contrários e favoráveis à eutanásia e ao suicídio assistido por médico têm aspectos positivos e negativos. Projeta-se, como negatividade, o fato de que seria sempre um erro matar uma pessoa indefesa, o que continua sendo o argumento principal que é oposto para impedir a legalização

²⁸⁵ ROTMAN, Edgard. Estados Unidos. Eutanásia no Direito Comparado. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 5, n.114, out. 2001.

²⁸⁶ ALMAGOR-COHEN, Raphael; HARTMAN, Mônica. The Oregon Death With Dignity Act: review and proposals for Improvemen. *Journal of Legislation*, Indiana, v. 27, n. 2, p. 269-298, 2001.

²⁸⁷ SINGER, Peter. Voluntary Euthanasia: a utilitarian perspective. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília, Anais... Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética UNB, 2002, p. 48.

da eutanásia voluntária, mas este argumento, segundo o autor, perde sua validade quando se trata de paciente terminal que busca, voluntariamente, pôr um fim à sua vida.

Na Suíça, assim como no direito positivo brasileiro, a eutanásia não é beneficiada por norma absolutória, constituindo um tipo de homicídio privilegiado, desde que praticado para abreviar os sofrimentos de um doente agonizante, movido pela caridade, a piedade ou sob efeito de confusão mental. Há propostas transitando no Parlamento para manter a punibilidade desta conduta e também para introduzir reformas no que diz respeito à eutanásia passiva e ativa indireta.

7.6 A situação no Direito brasileiro vigente

Atualmente, o Código Penal sequer distingue o homicídio eutanásico de outras formas de homicídio privilegiado, dispensando-lhe a especial redução de pena do parágrafo 1º, do artigo 121, em razão de relevante valor moral da conduta. Como diz Nelson Hungria²⁸⁸, entende-se por tal a motivação que encontra apoio na moralidade média, já que o Direito Penal não está preocupado com uma moral ideal, apoiando-se na moral prática que “forma e condiciona o Direito como regra de disciplina social”. A posição do legislador de 1940 era coerente com seu tempo uma vez que, àquela época, a matéria não suscitava os problemas que hoje provoca e que se busca dar um encaminhamento adequado através da norma. Equipamentos como marcapasso, desfibrilador cardíaco, aspirador de secreções, ventilador mecânico,ambu (balão e máscara que permitem forçar a respiração até conectar o paciente ao ventilador) não existiam àquela época para sustentar certos estados de saúde, muitas vezes irreversíveis e diante dos quais se instala um dilema sobre o tipo de conduta que deve ser realizada.

Diante dos conflitos que lhe forem postos, não é dado ao juiz eximir-se de sua apreciação, arguindo vazio legislativo porque, quando não for possível recorrer ao direito positivo, há outros instrumentos de integração do Direito como o costume, os princípios gerais, a analogia *in bonam partem* (inclusive as causas supralegais de exclusão de culpabilidade) que podem oferecer uma resposta à situação.

²⁸⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 5.

A norma do artigo 121, parágrafo 1º acolhe não só a hipótese de eutanásia ativa como também a passiva, já que nesta o omitente é garantidor, ou seja, tem o dever de agir, mas se abstém deliberadamente na prestação de tratamentos médicos úteis que poderiam prolongar a vida do paciente, disto resultando a antecipação de sua morte. Podem ser apontadas como exemplos as situações do médico que deixa de ministrar a medicação, de proceder à reanimação cardíaca necessária para salvar paciente viável; e da enfermeira que não procede à aspiração de secreções etc. Outras pessoas que se abstenham de dar a mesma assistência e que não estejam numa relação de proximidade com o bem jurídico (como estão aquelas elencadas no artigo 13, §2º, CP) só podem praticar o crime por comissão; entretanto, se não desejam o resultado e, diante de uma situação de sofrimento agudo, omitem-se em providenciar auxílio, são autoras do crime de omissão de socorro previsto no artigo 135, do Código Penal.

Mesmo a questão da eutanásia passiva, na qual o consentimento do paciente (tradicionalmente irrelevante em matérias desta natureza) para se submeter às terapias propostas tem especial importância, pode ser adequadamente resolvida pelo ordenamento jurídico. Como dito anteriormente, o artigo 15, do Código Civil brasileiro, dispõe que ninguém pode ser constrangido a se submeter com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, o que foi interpretado por Nilo Batista²⁸⁹ como uma revogação do artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal. O citado autor argumenta que é difícil distinguir perigo de vida anterior à intervenção, a que se refere o artigo 146 do Código Penal, do perigo que resulte da mesma intervenção conforme o artigo 15, do Código Civil, uma vez que, comumente, a primeira situação concorre para a posterior. Assim, admite que a oposição capaz constitui obstáculo para que seja iniciado ou mantido o tratamento que o paciente não deseja, mesmo diante do estado de necessidade. A intervenção, nestes casos, pode-se concluir, passaria a configurar constrangimento ilegal. A ausência do consentimento, todavia, como alerta, não equivale a sua negativa, de forma que, naquele caso, mantém-se o fundamento do estado necessitado.

²⁸⁹ BATISTA, Nilo. O novo Código civil e o Direito Penal: uma carta e onze questões. Boletim IBCCRim, São Paulo, ano 2, n. 127, jun. 2003.

Nelson Hungria²⁹⁰, por seu turno, afirma que o consentimento do paciente, nos chamados tratamentos médicos arbitrários, é dispensável se ele não pode emití-lo e existe necessidade inadiável de intervenção para salvar a vida do paciente de morte que se apresenta como iminente. Em tal caso, apenas, o tratamento é justificado, não sendo suficiente “a existência de uma possibilidade mediata do evento letal”, “o tratamento é desautorizado mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”.

A eutanásia indireta, chamada *duplo efeito*, como foi dito, não chega a entrar no campo da ilicitude, constitui ação socialmente legitimada, cujos riscos devem ser suportados pela sociedade. Destarte, a omissão do médico em aliviar a dor é que pode, sim, vir até a configurar omissão de socorro. Opor-se a essa posição, seria concordar que os médicos podem e devem deixar de fazer uma intervenção quando esta apresenta graves riscos para o paciente, ainda que ele tenha consentido com sua realização.

A supressão de suporte a pacientes com morte encefálica não constitui homicídio, já que, como foi visto, são considerados clinicamente mortos. Diverso é o entendimento quando se trata de recém-nascidos anencefálicos que não são considerados mortos, uma vez que parte do encéfalo – o tronco encefálico – ainda está em atividade, permitindo que ele respire espontaneamente e tenha alguns reflexos. Assim, atentar contra a vida do recém-nascido anencefálico é homicídio, embora prolongá-la, usando recursos extraordinários, configure distanásia, porque é certo que a morte sobrevirá a seu tempo. Tem-se conseguido, conforme anteriormente exposto, alvarás para interrupção da gravidez de fetos com esses problemas, sob o argumento de que não são pessoas humanas.

Não se pode recusar, ainda, a faculdade que tem o magistrado de afastar a culpabilidade quando entender que o fato constitui uma hipótese na qual estão presentes os pressupostos da inexigibilidade de conduta diversa. O emprego do princípio *supra* a lacuna legal e funciona como uma hipótese de analogia *in bonam*

²⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6. p.178-179.

partem que, como assevera Aníbal Bruno²⁹¹, pode ser aplicado a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema, ou seja, àqueles nos quais não estão presentes as condições do estado de necessidade justificante. Trata-se, de estado de necessidade exculpante, que passou a ser reconhecido no direito brasileiro a partir do desenvolvimento dos estudos sobre a culpabilidade levados a cabo por Francisco de Assis Toledo, coordenador da reforma penal de 1984, cujo emprego deve, porém, ser parcimonioso, como adverte Cláudio Brandão²⁹².

A possibilidade de resolução dos conflitos com o instrumental jurídico disponível não afasta, todavia, a necessidade de precisar, na lei, os elementos que configuram as formas de eutanásia, dirimindo as controvérsias doutrinárias sobre o tema. Acresce ainda o fato de que a expressão eutanásia encontra-se, na atualidade, revestida de uma conotação tão negativa que sua extensão para denotar outras formas de ajuda para morrer é prejudicial, sobretudo no ambiente médico hospitalar, onde inibe atitudes diante das quais, muitas vezes, existe o dever de interrupção do tratamento.

7.7 Considerações finais

É evidente que a delicadeza do tema da eutanásia envolve discussões profundas porque, como lembra Dworkin²⁹³, a maior ofensa à santidade da vida reside na indiferença ou desprezo em enfrentar sua complexidade. Por sua controvérsia, parece ser mais simples repassar aos médicos a decisão, ou entregá-la à gestão de Deus, dono da vida e da morte.

A vida é também assunto do Direito, bem jurídico que constitui seu eixo, razão por que deve merecer toda a proteção do Estado não só através de normas jurídicas, mas de políticas públicas comprometidas com a realização dos outros valores que a ela se agregaram: liberdade, dignidade, igualdade, etc. Antecipar a morte, sem a observância dos requisitos do artigo 121, do Projeto de 1999, pode constituir até mesmo homicídio qualificado, ainda que para a preservação de um sofrimento que está por vir (como nos pacientes vítimas do mal de Alzheimer),

²⁹¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 101-104.

²⁹² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, op. cit.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*, op. cit., p. 367.

porque, afinal, a trajetória humana também é feita de dor, sofrimento e finitude. Ocorre que há situações em que a vida perde todos os outros atributos que também a integram de forma que, mantê-la a qualquer custo (distanásia) com os recursos criados pela tecnologia, pode significar a negação de sua essência. São inúmeros os casos de pessoas *coisificadas*, manipuladas por terceiros nos herméticos centros de tratamento intensivo, que esperam perplexas que tal situação tenha fim, mesmo que isto signifique o fim da vida, porque afinal, como disse Pessina²⁹⁴, não podemos esquecer que, para a morte, não existe cura.

Uma vez estabelecidos os limites entre a ortotanásia e a eutanásia, entende-se que aquela não consiste em antecipação da morte e por isso não deve ser considerada sequer fato típico, razão por que tem sido validada na prática médica por pacientes e seus familiares.

Os debates, ao longo da discussão do Projeto no Congresso, podem caminhar neste ou em outro sentido, acentuando as diferenças de valores laicos e religiosos em torno do tema (embora a maioria das religiões, à exceção do budismo, seja contrária à antecipação da morte).

Há que se reze a influência que as questões econômicas terão nas discussões, sobretudo no que tange à interrupção de tratamento ou início de outros que não produzirão efeitos, se outros critérios forem introduzidos, como idade do paciente, ocupação, posição social, a exemplo do que ocorreu na Inglaterra²⁹⁵.

É de evitar-se também a ênfase excessiva dada pelos médicos na qualificação da futilidade de certos recursos, mesmo quando o paciente pede o seu uso, tal como permitido pela corte de Massachusetts em desconsideração à vontade do paciente. São fatores dessa ordem que impedem que o paciente possa compreender a morte como consequência natural da vida e que ela seja, como diz com exatidão Beristain, “não é só, nem principalmente, privação de um bem. O morrer é também [...] a culminação do viver²⁹⁶”.

²⁹⁴ PESSINI, Leo. O Direito de morrer. *Super Interessante*, São Paulo, n. 116, p. 42-50, mar. 2001. Entrevista concedida a Denis Russo Burgierman.

²⁹⁵ Na Inglaterra, o governo resolveu que não pagaria mais a hemodiálise para pessoas acima de 65 anos, o que levaria muitos à morte. O argumento utilizado foi a escassez de recursos, os quais seriam mais utilmente utilizados em campanha antitumoral.

²⁹⁶ BERISTAIN, Antonio. Prolegômenos para a reflexão penal-criminológica sobre o Direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia), op. cit., p. 27.

CONCLUSÃO

1. Os avanços da biotecnologia possibilitaram a intervenção direta do homem sobre o início e o fim da vida, o que enseja duas posições, aparentemente antagônicas: de um lado, cultiva-se a crença de que, na natureza, está contida toda a verdade e sabedoria (naturismo) de forma que alterar o curso da vida em sua estrutura é pecado e gera o caos proibido; de outro lado, situam-se os que depositam confiança no homem, em sua competência e capacidade para corrigir o curso da criação, realizando suas necessidades e valores.

Seja qual for a posição, há um sentimento de insegurança e de desconfiança na razão humana, que se mostrou insuficiente para evitar duas guerras mundiais, conter a violência (que, ao revés ressurgiu nos ataques urbanos, nas ações fruto de fanatismos políticos e religiosos) e para impedir a redução do indivíduo ao papel de mero consumidor em um mercado cada vez mais poderoso. Ocorre que, se um maior conhecimento do mundo tem sido capaz de controlar as catástrofes naturais, proporcionando condições de vida mais serenas quanto a este aspecto, este mesmo conhecimento não tem sido capaz de impedir o uso que se faz dele na degradação do outro e do próprio ambiente em que se vive.

À reação ao racionalismo iluminista e à modernidade, tem-se chamado de pós-modernidade, de consciência pós-moderna, e, também, de hipermodernidade, expressões que, independentemente do acerto de suas fundamentações, expressam uma visão de mundo, no qual ocorrem transformações importantes nas relações sociais, pressionando por novos modelos na dogmática jurídico-penal.

2. A intensificação do desenvolvimento tecnológico constitui um dos pilares da nova visão de mundo. A aceleração da ciência promove a superação de antigas verdades e o reconhecimento de novas. Tem-se compreendido, por isso mesmo, que a ciência não pode ser vista como um sistema que revela verdades

universais e imutáveis, (o mito cientificismo do século XX); ao contrário, sua história tem demonstrado que ela é mutável, graças ao próprio progresso alcançado, que disponibiliza crescentes recursos para o surgimento de novos dados e novas verdades. Pode-se pensar, assim, em múltiplas verdades, que são condicionadas por um dado contexto, numa interferência mútua: aquele condiciona a compreensão que se tem de um objeto de conhecimento e, este, por seu turno, conforma certa realidade.

A pluralidade resulta também das interpretações dos objetos de conhecimento, que são influenciados pela subjetividade do sujeito cognoscente, podendo-se mesmo falar em ceticismo quanto aos ideais unificantes (grandes idéias); a realidade aparece então fragmentada e plural.

Nessa sociedade de mercado, pós-industrial, há uma liberação dos costumes e, ao mesmo tempo uma destruição dos modelos (da tradição) tidos como válidos para enquadrar os indivíduos, famílias, igrejas, região; as regras a serem seguidas parecem resultar, afinal, da livre escolha de cada um. Insegurança, falta de padrões éticos universalmente válidos, como pretendeu Kant, são aspectos da contemporaneidade. Tal fragmentação é vista, por outro viés, como resultado (ou como causa) da tendência à tolerância e do respeito às diferenças humanas, da aceitação da pluralidade de argumentos, de reafirmação da democracia.

3. Deve-se evitar que o clima de ceticismo com relação aos valores e institutos tradicionais invalide a função do Direito de disciplinar as relações sociais, através da ordenação de condutas, deixando apenas à Bioética a solução dos novos problemas levantados pela biotecnologia. Os problemas suscitados pelas modernas técnicas científicas podem ser, até certo nível, resolvidos à luz dos princípios da Bioética e de normas deontológicas, cujo descumprimento acarreta sanções na esfera administrativa. A Ética sempre foi ponto de encontro de saberes como o direito, a moral, a religião para a discussão de temas como o da pena de morte, do aborto e, atualmente, da clonagem, fecundação assistida, terapia gênica e outros da mesma natureza. O modelo dos princípios apresenta-se, *prima facie*, como instrumental idôneo para a resolução de problemas bioéticos, visto que as normas

principiológicas são flexíveis e abertas, podendo responder à instabilidade e conflitividade inerentes a esses problemas. Ocorre que, embora os princípios ocupem um espaço importante na orientação das condutas, carecem de “mediação concretizadora”, que se dará com a positivação de regras, o que é essencial ao Direito em geral e, em particular, ao Direito Penal, atrelado que é ao princípio da estrita legalidade.

4. Algumas questões são postas ao Direito em face desse contexto: a primeira diz respeito à possibilidade de conciliar o respeito à pluralidade com a lei, concebida como uma norma abstrata e geral, cujo comando impõe-se a todos; a segunda refere-se à necessária harmonização dos problemas da sociedade atual, que se multiplicam e se modificam com muita rapidez, e a tessitura do direito, estabilizadora por excelência.

O Direito Penal democrático, de essência garantística, e submetido aos princípios da legalidade e taxatividade dos tipos, na tutela dos novos bens jurídicos, vê-se obrigado a recorrer a expressões próprias da medicina, genética e biologia molecular cujo significado é de conhecimento restrito de profissionais dessas mesmas áreas. O uso de tais signos dificulta a compreensão da norma pela generalidade da população, exigindo do hermeneuta uma incursão por outras ciências antes de conferir aos fatos a que estes se referem um significado jurídico penal.

5. A ameaça representada pela forma de vida praticada pela sociedade pós-industrial tanto ao equilíbrio ecológico (e, em consequência, à própria preservação da vida na terra) quanto a ideais reconhecidos de sociedade livre, democrática e saudável repercute no Direito Penal, instigando-o a inserir no rol de suas preocupações tradicionais (a proteção de bens jurídicos individuais) a tutela de bens supraindividuais: interesses difusos e interesses coletivos. A lesão a estes bens ocorre, na contemporaneidade, mais comumente, como resultado de atividades lícitas e consideradas socialmente úteis, mas que são realizadas fora da pauta legalmente autorizada. Para atender às demandas de prevenção de riscos

causados pela sociedade pós-industrial e, mais especificamente, pela biotecnologia o Direito Penal precisa sofrer reajustes, sem que suas teses centrais sejam desconfiguradas.

6. Há três posições sobre o papel do Direito Penal face às ameaças produzidas pela tecnociência: 1. o atrelamento aos princípios do iluminismo com os quais é possível garantir os direitos e liberdades das pessoas, remetendo a tutela dos grandes riscos a outros ramos do direito; 2. o reajustamento da dogmática para que se possa enfrentar, com a pena, as demandas da sociedade global, sem que, com isto, sejam desprezados conquistas da modernidade quanto aos direitos humanos; 3. o esmaecimento ou a ruptura com os princípios tradicionais para conferir-se ao Direito Penal a velocidade necessária para prevenir o risco em estágios prévios e, com isso, a construção de uma dogmática alternativa.

Não é possível dispensar a tutela jurídico-penal em face de certos fatos possibilitados pela biotecnologia e que constituem potenciais ameaças relevantes às condições de existência da sociedade. Para fazer face a elas, não bastam simples normas de comportamento, normas deontológicas. Alguns riscos implícitos nas atividades da biotecnologia, em razão da gravidade das lesões possíveis para a própria espécie humana, podem assumir o *status* de delitos. Cabe, portanto, assegurar um espaço ao Direito Penal, nas sociedades de massa na qual deverá atuar sempre subordinado à acessoriedade e da inaceitabilidade da ofensa. Há condutas que representam, por si próprias, um grave perigo para certos bens jurídicos que reúnem, por sua vez, os pressupostos materiais necessários para que tais condutas possam ser consideradas como delitos.

7. A questão do bem jurídico e a gravidade da lesão ou perigo de lesão que ele pode sofrer assumem centralidade na discussão sobre o papel do Direito Penal nas sociedades ditas de risco. O impacto produzido pela biotecnologia no Direito Penal impõe criteriosa avaliação das situações que se deseja prevenir, sem a descaracterização do Direito Penal, ou seja, sem que se abra mão dos princípios de defesa da pessoa em face do poder do Estado, limitadores teóricos do Direito Penal.

Nos novos contextos destacam-se as questões relativas à inseminação artificial e a manipulação genética, a terapia gênica, às diferentes situações de prolongamento e interrupção da vida.

Os valores que a norma visa proteger, nesses casos, estão intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa no que diz respeito à intangibilidade do patrimônio genético da humanidade e sua inalterabilidade, à diversidade da espécie humana, à irrepitibilidade do ser humano, à sobrevivência da espécie humana. Outros bens jurídicos já são tradicionalmente protegidos pelo Direito, a exemplo da vida, mas os diversos fenômenos biológicos dados a conhecer pela ciência, inspiram diferentes valorações que estão ligadas a certo estado de vida do ser humano.

8. O conceito de vida, pessoa, morte, foram profundamente afetados pela biotecnologia, podendo-se falar em certa indeterminação quanto aos elementos que integram sua definição. Eles foram influenciados por um contexto no qual é possível considerar-se vivo alguém sem batimentos cardíacos e morto, ao revés, uma pessoa, com o coração na mesma situação; tudo em razão das técnicas e drogas disponibilizadas pela ciência que proporcionam suportes, se não da vida, de alguns órgãos e funções do organismo humano. O Direito pode aguardar uma definição mais consistente da ciência quanto ao que sejam vida, morte ou pessoa ou atribuir-lhe um significado, segundo critérios normativos, que encontre aceitação social.

A falta de clareza e consenso sobre conceitos essenciais ao Direito, e à própria existência da espécie humana, dificulta sua reorganização para o desempenho de funções que lhe incumbem, de forma consentânea com a nova e complexa tessitura social. A própria polissemia das expressões envolvidas contribui para essa dificuldade.

9. O conceito de vida tem-se destacado do de pessoa, buscando-se na biologia a elucidação daquele e, na filosofia, a noção deste, admitindo-se que ser pessoa demanda a possibilidade de consciência de si próprio e do mundo onde vive, e com o qual é capaz de estabelecer relações. Este conceito encontra

correspondência com o de morte cerebral na concepção essencialista, ou seja, aquela que se considera existir quando o cérebro superior, porção do encéfalo tida como eixo e centro da consciência, deixa de funcionar normalmente, impedindo o exercício de funções essenciais para expressão da natureza humana. A idéia de vida, neste critério, fica associada à de personalidade, permitindo que pessoas em coma prolongado e em coma ultrapassado, assim como os anencefálicos, possam vir a ser consideradas mortas, com evidente perda de substância dos conceitos. Embora o Direito possa e deva construir seus próprios conceitos com o fim de cumprir sua função social, a realidade naturalística deve servir como limite à liberdade estipulativa.

10. A proteção do Direito Penal ao bem jurídico vida que se fazia de forma absoluta, é relativizada, na sociedade contemporânea, com a emergência de novos valores, como o da liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana. Essa relativização alcança o ser humano em formação, propugnando-se a inserção de novas terminologias, a de “pré-embriões”, ser que, não sendo pessoa, porque ainda não ostenta seus atributos, não tem garantidos os mesmos direitos. A possível manipulação do conceito para permitir a destruição dos jovens embriões para fins de terapia e investigação científica, embora documentos internacionais reafirmem o Direito intrínseco à vida, como o faz a Convenção sobre os Direitos da Criança. A legislação sobre o tema, na Europa, não é uniforme, apesar das tentativas de concretização de princípios em normas supranacionais. Na esfera dos direitos nacionais, as orientações divergentes positivaram-se, havendo Estados que legislam com notória concessividade quanto às pesquisas científicas, enquanto outros, como Portugal e Alemanha, são restritivistas, privilegiando a defesa do embrião e ainda outros, a exemplo da Grã-Bretanha, Bélgica e Suécia advogam uma solução liberal para a pesquisa embrionária. Questões associadas aos incentivos financeiros para pesquisa e de mercado terapêutico afetam, possivelmente, as decisões.

11. As figuras típicas criadas constituem, em sua maioria, crimes de perigo abstrato, de forma consentânea com o panorama das sociedades de risco,

nas quais certas ações têm potencial para causar riscos globais e o medo aparece como tema freqüente.

A maioria dos delitos existe apenas na forma dolosa, embora se postule, em nome da eficácia da ação de contenção dos grandes riscos, a ampliação da criminalização de condutas não-intencionais. A autoria é quase sempre da pessoa física e, todavia, as atividades de manipulação são realizadas e apenas permitidas, como ocorre no Brasil, quando realizadas por uma pessoa jurídica.

As sociedades pós-modernas (ou hipermodernas como querem outros) têm atitudes paradoxais porque, se de um lado usufruem com prazer de conquistas proporcionadas pela biotecnologia, de outro sofrem de uma profunda angústia diante das possibilidades de intervenção do homem sobre a vida, com a geração de novos seres. A idéia de transgressão a uma possível ordem instalada na natureza é associada à de castigo e punição. Não é de se estranhar, desta forma, certo exagero na criminalização de condutas que isoladamente não têm idoneidade para produzir o perigo indesejado e que só têm relevância quando realizadas por um certo número de pessoas (os chamados delitos de acumulação).

12. No Brasil, a lei 8974/95 disciplina o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. A falta de clareza do legislador afeta o princípio da taxatividade e compromete a função preventiva da norma penal. O conceito de manipulação é normativo, permitindo-se alguns de seus usos, inclusive em terapias gênicas de linha não germinal e proibindo-se aquela que se faz sobre os gametas e que possibilitam, mais propriamente, a engenharia genética. Tal proibição é estendida até mesmo aos casos nos quais, mediante intervenção no ARN, é possível curar enfermidades transmitidas geneticamente. Como o bem jurídico protegido pela maior parte dos tipos é a intangibilidade do patrimônio genético humano, em sua singularidade e irrepetibilidade, nesta noção estaria compreendido o direito de manifestar doenças hereditariamente transmissíveis. A hibridação é defendida por cientistas que, numa posição arrojada e típica de uma sociedade na qual não se aceita um código único de conduta ou hierarquização rígida, propalam a idéia de que as espécies não

passam de categorias criadas pelo homem. Não foi criado um tipo que proíba, especificamente, a clonagem ou de uso de células tronco embrionárias, a não ser pela interpretação ampliada que foi feita pela Instrução Normativa 08/97 da CTNBio, o que constitui violação ao princípio da legalidade. A destruição de embriões excedentários para uso terapêutico é questão das mais complexas introduzidas pelos avanços tecnológicos já que há duas ordens de verdade possíveis quanto ao tema: 1. é justo o sacrifício de uma vida potencial para regenerar uma outra que se perde, sendo solapada em sua plenitude; 2. é injusta a exterminação de seres que não podem consentir e cuja destruição, em última análise, significa a permissão para a instrumentalização da vida.

13. A revolução biotecnológica afetou não só a geração da vida, mas também sua terminalidade, uma vez que os novos recursos por ela proporcionados (o que inclui desde a reanimação cardiorrespiratória, ao transplante de órgãos e uso de máquinas para substituir funções vitais) possibilitaram novos estados de sobrevivência, diante dos quais tem sido legítimo questionar a validade ou não de sua manutenção. A eutanásia, tradicionalmente compreendida como boa morte, ressurge, nesse contexto, com significativa complexidade uma vez que a expressão já não serve para designar as diversas formas de finalização da vida. Isto implica, conseqüentemente, revisões no âmbito do Direito Penal para que este venha dispensar, a cada uma dessas diferentes formas, um tratamento compatível com o grau de reprovação da ação que lhe deu causa. Às dificuldades conceituais já existentes, a biotecnologia acrescentou outras, em razão de o avanço técnico-científico haver possibilitado intervenções na vida e na morte, o que torna o tema e sua designação cada vez mais complexos. O Direito Penal brasileiro não dispõe de dispositivo específico para a disciplina da matéria, embora os anteprojetos de código tenham inserido não só a figura da eutanásia propriamente dita como, também, a da ortotanásia, ou seja, a situação diante da qual deixa de configurar tipo penal a conduta do médico que omitir ou suspender medida fútil (inútil) ou meramente protelatória da morte em doente terminal e cuja manutenção importe em mais prejuízos e agonias do que em benefícios para o paciente. Não há um consenso,

que deve ser buscado, quanto aos elementos que devem integrar cada uma das formas de antecipação da morte, havendo divergências quanto ao valor do consentimento dado para morrer, a natureza do sofrimento (se físico ou moral), o conceito de doente *terminal* e o significado, em cada caso, de *futilidade (inutilidade)* da medida. O respeito à dignidade humana deve preponderar sobre aquele devido à vida quando esta se encontrar em situação de proximidade com a morte, implicando sua manutenção em grave sofrimento para o enfermo.

14. A relativização das verdades e a possibilidade de convivência de verdades possivelmente conflitantes em um mesmo contexto representam uma mudança expressiva de padrão cultural, que se faz ainda mais contundente quando atinge o entendimento da própria preservação da espécie humana, tal como hoje conhecida. Essa perda de um fundamento único para a edificação dos conceitos de bem, de justiça ou de verdade é o elemento típico das sociedades plurais que se desenvolveram na contemporaneidade. Já não se pode falar no grupo social dotado de uniformidade ideológica, mas nos grupos sociais ideologicamente diversificados, às vezes com pretensão e possibilidade aproximadamente iguais de interferir nos destinos da sociedade como um todo. Ao intérprete cabe a sensibilidade social diante dessas muitas verdades.

15. Nestas condições, considerando-se a forma de vida democrática como básica no tempo atual, é preciso encontrar-se um ponto de equilíbrio em que nenhum dos valores fundamentais dos diferentes grupos seja exageradamente ofendido pelo atendimento dos valores fundamentais de cada grupo em especial. Esse ponto de equilíbrio, embora passível de ter sua investigação auxiliada por uma discussão ética, deve ser assegurado pelo Direito. Ao Direito Penal cumpre, assim, tutelar a vida contra as novas formas de agressão consideradas inadmissíveis, porque podem por em risco a existência da espécie humana, construindo uma dogmática compatível com as exigências da sociedade contemporânea. Valores como a dignidade da pessoa humana ou a reafirmação dos direitos humanos parecem fazer parte, inequivocamente, desse consenso mínimo, no qual ocupa

espaço central, o respeito devido à pessoa independentemente da forma física ou estrutura mental que apresente.

BIBLIOGRAFIA

A DURA opção pela morte digna. *Veja*, São Paulo, ano 27, n. 38, p. 80-89, ago./1994.

ABRISQUETA ZARRABE. Jose Antonio. Genes y discriminación. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao, n. 11, p. 155-166, jul./dec. 1999.

AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH. A definition of irreversible coma: report. *JAMA*, Chicago, v. 205, n. 6, p. 85-88, 1968.

ADMIRAAL, Pieter. Eutanasia ativa justificável nos Países Baixos In: BAIRD, Robert M.; ROSENBAUM, Stuart E. (Orgs.). *Eutanásia: as questões morais*. Venda Nova: Bertrand, 1997. p. 149-154.

ALGAMOR-COHEN, Raphael; MARTAMAN, Mônica G. The Oregon death with dignity act: review and proposals for improvement. *Journal of Legislation*, Indiana, v. 27, n.2, p. 268-298, 2001.

ALFÂNDEGA Australiana apreende “máquina de morrer”. Disponível em: <<http://www.aerospace.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2003.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ALNOT, Marie-Odile. À Qui Sont Ces Gamètes? In: BRISSET, Vignau F. (Dir.). *Le Défi Bioéthique: la médecine entre l'espoir et la crainte*. Paris: Autrement Editions, 1991. (Série Mutations, n. 120).

ANDERSON, Kerby. *Euthanasia*. Disponível em <<http://califnurses.org>>. Acesso em: 16 mar. 2000.

ANDORNO, Roberto. *La Bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: LGDJ, 1996. (Collection Dirigée par Gerard Lopez).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. Os novos crimes contra as pessoas: a experiência da Reforma Penal portuguesa, 1982-1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 86-113, out./dez. 1996.

ANNAS, George J. et al. Protecting the endangered human. *American Journal of Law and Medicine*, Boston, v. 28, p. 151-178, 2002.

APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

ARCHER, Luís. Células estaminais. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Orgs.). *Novos desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 132-136.

_____. Clonagem reprodutiva e não reprodutiva. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Orgs.). *Novos desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 128-131.

_____. O Genoma Humano. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Orgs.). *Novos Desafios a Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 137-141.

_____. Comentário ao Protocolo que proíbe a Clonagem de seres humanos. In: DIREITOS do Homem e Biomedicina. Porto: Instituto de Bioética da Universidade Católica do Porto, 2003. p. 165-170.

_____. Questões éticas no Princípio da Vida Humana. In: NEVES, Maria do Céu Patrão. (Org.). *Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*. Coimbra: Gráfica Coimbra, 2002. p. 251-272.

ASSIS, Jesus de Paula. Ficção explora o lado negativo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2000, p. 8.

ATIENZA, Manoel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Org.). *Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 64-91.

AZEVEDO, Eliane S. Aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *A Bioética no Século XX*. Brasília: UnB, 2000. p. 85-100.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Temas de BioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12-40.

_____. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Novos temas de BioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-82.

BARRETO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana: os limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Novos temas de BioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219-257.

_____. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Temas de BioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41-76.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2000.

_____. *O Novo Código Civil e Direito Penal: uma Carta e onze questões*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, p.6-7, jun. 2003.

BATTIN, Margaret Pabst. New law, new troubles in the assistend death debate. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília. Anais... Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética. UNB, 2002. p. 48.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 1994.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacía una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. Versión al castellano de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Ed. Borrás.

BEECHEER, Henry. Ethics and Clinical Research. *The New England Journal of Medicine*, Waltham (MA), n.16, p. 1354-1360, jun. 1966.

BELLVER CAPELLA, Vicente. *Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*. Granada: Editorial Comares, 2000.

BERISTAIN, Antônio. Bioética y nuevos “deberes”: Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 21-31, jan./mar. 1996.

_____. Prolegômenos para a reflexão penal – criminológica sobre o Direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). *Fascículos de Ciências Penais: Eutanásia*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, ano 4, v. 4, n. 4. p. 11-31. 1991.

BERNARD, Jean. *La Bioéthique*. Paris: Dominos Flammarion, 1994.

BITTENCOURT, Cezar. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BOBBIO, Norberto. O saldo vermelho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Mais!, p. 4-5. 24 maio 1998. Entrevista concedida a Giancarlo Bosetti do *L'Unità*.

BOLLE, Pierre-Henri. Eutanásia: Holanda e Suíça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 5, n. 114, p. 18-19, out. 2001.

BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões Bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRANDÃO Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BROWAEYS, Dorothée Bernoit. *La Bioéthique*. Milan: Les Essentials, 1988.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1967. v. 2.

_____. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CABRAL, Juliana Maria Diniz: *Os Tipos de Perigo e a Pós-Modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. 2003. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. 2003.

CALHEIROS, Renan. *Um Código para o Século XXI*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 5 abr. 2001.

CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JUNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do Direito Penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 36, p. 68-88, 2000.

- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.
- CAPONI, Sandra. Bioética: da compaixão piedosa à solidariedade. *Jornal do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, ano 14, n. 104, p. 8-9, abr. 1999.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas*. Barcelona: José Maria Bosch Editora, 1995.
- CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos casos de transplante*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CARELLI, Gabriela. Tudo por um filho. *Veja*, São Paulo, p. 108-115, maio 2001.
- CARRARA, Francesco. *Programa do Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. A eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 99, p.15, fev. 2001.
- CARVALHO NETO, Menelick. Notas de Aula. Curso de Hermenêutica Filosófica e Teoria da Interpretação, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, jul. 2000.
- CAYLA, Olivier; THOMAS, Yan. *Du droit de ne pas naître: à propos de l'affaire Perruche*. Paris: Gallimard, 2002.
- CCNE (Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences et la vie de la Santé). Avis de recherches sur l'embryon. In: ATAS Sud/INSERM. Arles, 1987, p. 33-43.
- CLIFES, N. J. *Animal Rights and Human Obligations*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1976.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COETZEE, J.M. *A vida dos animais*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COIMBRA, Cícero Galli; CAVALHEIRO, E. Implicações clínicas dos fenômenos inflamatórios desencadeados pela perfusão do tecido nervoso isquêmico. *Brazilian Journal of Medical and Biological Research*, Ribeirão Preto, v. 32, n. 12, p. 1479-1487, dez. 1999. Disponível em <<http://epub.org.br/bjmbr>>. Acesso em: 20 dez. 1999.

_____. Diagnóstico da morte encefálica em cheque. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 3, 19 set.1999.

_____. *Implications Of Ischemic Penumbra For The Diagnosis Of Brain Death*. Disponível em: <<http://www.epub.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 1999.

COIMBRA, Cícero Galli. *Morte encefálica* Repercussão Internacional das Discussões do Brasil sobre a Validade dos Critérios Diagnósticos para a Identificação da Morte Encefálica. Disponível em: <<http://www.unifesp.br>>. Acesso em: 10 out. 2003.

_____. *Apnéia na morte encefálica*. Disponível em: <<http://www.unifesp.br>>. Acesso em: 10 mar. 2004.

COSTA, A. M. Almeida. Abortamento provocado. In: ARCHER, Luis; OSSWALD, Walter. (Orgs.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1966. p. 201-218.

COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. Introdução à Bioética. In: _____; _____. (Orgs.). *Bioética: Ensaio*. Brasília: Letras Livres, 2001. p. 13-16.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. Do meio ambiente: Parte II. In: CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo Juarez da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1990. p. 234-259.

_____. Dever do médico diante da morte. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. 5, jul. 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: _____. (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 239-264.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Org.). *Crítica à teoria geral do Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-56.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p.195-214.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Tres temas penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanásia, el aspecto penal de la fecundacion artificial*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1955.

CUERDA RIEZU, Antonio. Limites Juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España, Ministerio de Justicia. v. 41, n. 2, p. 414-429, mayo/ago. 1998.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n.12, p. 11-33, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 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.

DINIZ, Débora. A Despenalização da Eutanásia Passiva: o Caso Colombiano. *Jornal Conselho Federal Medicina*. Brasília, p. 8-9, out. 1998. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/jornal/jornais1998/1098/Bioetica.htm>>. Acesso em: 11 mar. 1999.

_____. Declaração de Helsinkin: uma história de dignidade. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, p. 8-9, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/jornal/jornais2000/022000/Bioetica.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2004.

_____. Henry Beecher e a História da Bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. (Orgs.). *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001. p. 21-26.

DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha. *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002.

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

DOSSIER OGM. Disponível em: <<http://www.agrisalon.com/07-dossiers/ogm.php>>. Acesso em: 17 jun. 2004.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald; NAGEL, Thomas; NOZICK, Robert; RAWLS, John; SARLON, Thomas; THOMSON, Judith Jarvis. Assisted Suicide: the Philosophers' Brief. *The New York Review*, New York, p. 40-47, 27 mar. 1997.

EMBRIONES: Una reforma que debería satisfacer a Todos. *El Mundo del Siglo Veintiuno*, España, p. 3, 26 jul. 2003.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Lv. Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ BUEY, Francisco. Sobre tecnología y Bioética: los árboles del paraíso. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em: 18 jun. 2004.

FERRAZ, Sérgio. Eutanásia, Breves Considerações. *Fascículos de Ciências Penais: Eutanásia*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 3-9, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FLUSS, Sev S. An international overview of developments in certain areas, 1984-1994. In: MAZZONI, Cosimo Marco. (Ed.). *A legal framework for Bioethics*. London: Boston: The Hague, 1998. p.11-17.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial 1*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978.

FRANÇA, Genival Veloso; MAIOR, Hermano J. S. Direito de viver e Direito de morrer. *Fascículos de Ciências Penais: Eutanásia*, Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 54-66, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e Direito. *Revista de Bioética*, Brasília, CFM, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio/v4/genética.html>>. Acesso em: 7 jun. 2002.

FUKUYAMA, Francis. In defense of nature, human and non-human. *World Watch*, Washington DC, v. 15, n. 4, p. 30-32, 2002.

GARCIA, Diego. *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Madrid: Eudema, 1991.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. *A Bioética no Século XXI*. Brasília: UNB, 2000.

GARRAFA, Volnei. Bioética: os limites da manipulação da vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n.17, p 167-171, jan./mar. 1997.

_____. Bioética e Ciência – até onde avançar sem agredir. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 99-110.

_____. Poder e Justiça: por uma ética periférica. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2002. p. 43.

GIACOMINI, N. A change of heart and a change of mind? Technology and the redefinition of death in 1968. *Soc Sci Méd*, Ontario, n. 44, p. 1465-1482, 1997.

GIL HERNANDEZ, Angel. La investigación genética como medio de prueba en el Proceso Penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 44, p. 865-911, 25 nov. 1996.

GLOSSARY of Biotechnology and Genetic Engineering. Disponível em: <<http://biotech.icmb.utexas.edu/search/dict-search.html>>. Acesso em: 15 jun. de 2004.

GOLDIM, José Roberto. Clonagem: aspectos biológicos e éticos. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 21 jun. 2003.

GOLDIM, José Roberto; RAYMUNDO, Márcia Mocellin. *Pesquisa em saúde e Direito dos animais*. Porto Alegre, 1999. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/animrt.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2004.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SANTOS, José Américo dos. Anteprojeto de Código Penal: Reflexões relativas ao crime de Eutanásia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 69, p. 11, ago. 1998.

GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONZÁLEZ MORAN, Luiz. Comentário a la Sentencia del Tribunal STC 212/1966. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 113-137, 1999.

GRECO, Luis. Introdução á Dogmática funcionalista do delito. *Revista do IBCCrim*, São Paulo, n. 32, p. 120-159, 2000.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIALONI, Alejandro. GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

GUTIERREZ, German. Ideas para un programa alternativo en el ámbito de la ética. *Crítica Jurídica-Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Mexico, v. 18, p. 241-258, 2001.

HAGEDORM, Susan. *Biotechnology Dictionary*. Disponível em: <<http://filebox.vt.edu./cals/cses/chageadot/glossary.html>>. Acesso em: jun. 2004.

HASSEMER, Winfried. *História das idéias penais na Alemanha de Pós-Guerra*, Porto Alegre: Publicação da Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1994.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant le Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita.

HEINZ, Wolfgang S. Direitos Humanos e Genética Humana. In MINAHIM, Maria Auxiliadora. (Org.). *Anais do seminário Brasil-Alemanha*. Salvador: UNIME/Goethe-Institut, 2004. p. 161-176.

HENRY, Beecheer. Ethics and Clinical Research. *The New England Journal of Medicine*, Waltham (MA), n. 16, p. 1354-1360, jun. 1966.

HODELÍN-TABLADA, Ricardo. Morte encefálica: novos aspectos na discussão. *Cadernos de Bioética*, Coimbra, ano 11, n. 25, p. 95-110, abr. 2001.

HOLM, Soren. Critical analysis of principlialism. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília, *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2002. p. 61.

HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y derechos humanos, temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

HORTA, Márcio Palis. Eutanásia: Problemas éticos da morte e do morrer. *Bioética*, Brasília, v.1, n. 1, p. 27-34, 1999.

HOTMAN, Edgardo. Eutanásia, Estados Unidos: visão legal da nova forma de eutanásia: o suicídio assistido perante a Suprema Corte americana. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 5, n. 114, p. 19, out. 2001.

HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por Omissão. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. (Orgs.). *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977. Apêndice, v. 1, t. 1, p. 342-365.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed.: Rio de Janeiro, Forense, 1982. v. 5.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 6.

JAKOBS, Gunther. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juricidad y eticidad. *Revista Peruana de Ciencias Penales Laser Graf Alvarado*, Lima, ano 2, n. 4, p. 513-530, 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia. Buenos Aires: Depalma, 1992.

JOÃO Paulo II. *Evangelium Vitae*, n. 47. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em: 15 nov. 2004.

KIPPER, Délio; HOSSNE Willliarn Saad. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 153-181, 1998.

KOSHLAND JUNIOR, Daniel. Les sept pilliers de la vie. *Sciences et Médecine*, Paris, p. 15, 22 maio 2002.

_____. Les sept pilliers de la vie. *Le Figaro*, Paris, p.12, 24 mars 2002.

KUSHE, H. The moral status of embryo. In: WALTERS, W.; SINGER, P. (Eds.). *Test-tube babies: a guide to moral questions: present techniques and future possibilities*. Melbourne: Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 57-63.

LACADENA, Juan-Ramón. Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.12, p.191-211, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LE DROIT à l'euthanasie devant la Cour Européenne. França, 19 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.lemonde.fr>>. Acesso em: 18 mar. 2002.

LES ORGANISMES génétiquement modifiés. Disponível em: <http://www.vie-publique.fr/dossierpolpublique/securite_alimentaire/ogm/indexogm.html>. Acesso em: 17 jan. 2004.

LEVINE, Susan. Clinical trial was near-death experience worth while. *Los Angeles Time*, Los Angeles, p. 5, aug. 13, 2001.

LHERMINIER, Philippe. La transgression de la barrière d'espèce. In: FERENCZI, Thomas. (Dir.). *Changer la vie?* Belgique: Editions Complexe, 2001. p. 67-83.

LOPES, José Reinaldo. Célula-tronco dá sensação a tetraplégico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A14, 5 nov. 2003.

LOUREIRO, João Carlos. *Clonagem: o risco e o desafio*. Porto: Universidade do Porto, 2000.

_____. Aegrotationis Medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito. *Cadernos de Bioética*, Centro de Estudos de Bioética, ano 11, n. 25. p. 19-53, abr. 2001.

_____. Estatuto do embrião. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Coords.). *Novos desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001. p. 110-121.

_____. Protocolo Adicional: comentários finais. In: DIREITOS do Homem e Biomedicina. Porto: Instituto de Bioética da Universidade Católica do Porto. 2003. p. 171-203.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crímen y costumbre em la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991.

MALUF, Edison. *Manipulação Genética e o Direito Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

MANSUR, Alexandre. A vitória da vida na incubadora. *Veja*, São Paulo, ano 32, n. 16, p. 90-92, maio 1999.

MANTOVANI, Ferrando. La possibilitá, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. In: FORUM INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL COMPARADO, 1989, Salvador. *Anais...* Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1989. p. 226-238.

_____. Problemas penales de la manipulación genética. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, ano 9, n. 33, p. 9-41, 1986.

_____. Aspectos jurídicos da eutanásia. *Fascículos de Ciências Penais: Eutanásia*, Porto Alegre, ano 4, v. 4., n. 4, p. 32-53. 1991.

_____. Manipulaciones genéticas: bens jurídicos armazenados, sistemas de control y técnicas de tutela. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 1, p. 94-119, 1994.

MARINO JUNIOR, Raul. O Milagre dos Transplantes. *Tendências e Debates. Folha de S. Paulo*. São Paulo, p. 17, 18 ago. 1999.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MARTINEZ, Stella Maris. La incorporación de la reflexión Bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001. p. 663-687.

MATEO, Ramon Martín. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Luciana Christante de. *A polêmica sobre alimentos transgênicos*. Disponível em: <www.epub.org.br>. Acesso em: 4 nov. 2001.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal: sistemas códigos e microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

MICHAUD, Jean. Las nuevas leyes francesas sobre Bioética. *Revista Derecho y Genoma*, Bilbao, n. 3, p. 297-300, mar. 1995.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (Orgs.). *Novos temas de bioDireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97-132.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O Direito de Morrer nos anteprojetos de Código Penal Brasileiros. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, ano 4, n. 6, p.175-184, 1999.

_____. Ainda sobre biotecnologia e Direito Penal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 9, p. 43-56, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; CABRAL, Juliana Diniz. Pós-Modernidade, Aborto e Direito Penal. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, ano 4, n. 5, p. 271-300, 1999.

MIRANDA, Gonzalo. *Bioética e eutanásia*. São Paulo: EDUSC, 1998.

MOREIRA, Nei. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/revista/ind2v8.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

MORI, Maurizio. Chi é persona? Persona umana e Bioética. *La Civiltà Cattolica*, Roma, v.4, p. 557, 19 dic. 1992.

_____. *L'embrione è una persona?* Disponível em: <<http://www.lucacoscioni.it>>. Acesso em: 18 jun. 2004.

MOUFFE, Chantal. Globalização e cidadania democrática. Tradução de Katya Kozicki. Palestra realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR, Curitiba, 19 mar. 2001, e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 4 abr. 2001. p. 1-8. Xerocopiado.

NEVES, Carlos A. P. As ordens de não reanimação. In: _____. (Org.). *Bioética, temas elementares*. Lisboa: Ed. Fim de Século, 2001. p. 71-80.

NEVES, Maria do Céu Patrão. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coord). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Ed. Verbo, 1996. p. 175-183.

_____. Henry Beecher e a história da Bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; DINIZ, Débora. (Orgs.). *Bioética: Ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001. p. 13-16.

_____. Repensar a Ética Hipocrática: a evolução da ética médica e o surgimento da Bioética. In: *Cadernos de Bioética*, Centro de Estudos de Bioética, ano 11, n. 26, p. 6-19, ago. 2001.

_____. Bioética e Biodireito. In: _____. (Coord.). *Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502.

_____. O Eticista. In: _____. (Coord.). *Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 161-164.

_____. Cultural context and consent: an anthropological view. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2002. p. 74.

_____. Primado do ser humano. In: INSTITUTO DE BIOÉTICA. *Direitos do homem e biomedicina*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2003. p. 27-44.

NIELSEN, Linda. From Bioethics to Biolaw. In: MAZZONI, Cosimo Marco. (Ed.). *A legal framework for Bioethics*. London: Boston. The Hage, 1998. p. 45-52.

NOIVILLE, Christine. Évolution comparée des grands modèles de réglementation des disséminations d'organismes Génétiquement Modifiés (États-Unis, Europe). *Natures-sciences-sociétés*, Paris, v. 3, n. 2, p.117-126, 1995.

NORMAS para a Prática didático-científica da vivissecção de animais: Lei 6.638 Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg>>. Acesso em: 18 jun. 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma duas: o contrato de gestação*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

ORDEIG GUIMBERNAT, Enrique. *Vida e morte no Direito Penal: estudos sobre eutanásia, pena de morte e aborto*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

OSSWALD, Walter. Experimentação em embriões e fetos. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter RENAUD, Michel. (Coord.). *Novos desafios à Bioética*. Porto Editora, 2001. p. 122-127.

_____. Progresso da ciência: sentido e limites... In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coord.). *Novos desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 9-12.

PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PARLAMENTO EUROPEU. Comissão Temporária sobre a Genética Humana e outras novas Tecnologias da Medicina Moderna. *Contribuição do Prof. Daniel Serrão*. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/comparl/tempcom/genetics/contributions/contri_serrão_pt.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PESSINI, Leo. *Distanásia*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. O Direito de morrer. *Super Interessante*, São Paulo, n. 116, p. 42-50, mar. 2001. Entrevista concedida a Denis Russo Burgierman.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética: do principialismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira;

OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p 91-98.

PONTIFICIO CONSIGLIO «COR UNUM» *Questioni etiche relative ai malati gravi e ai morenti*. Disponível em: <http://infinito.it/utenti/i/interface/Qetich_html>. Acesso em: 16 nov. 2004.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. New Jersey: Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção Penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Manipulação Genética e Direito Penal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: ADN como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 177-202.

_____. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial* 2. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 2.

_____. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo, RT, 2003.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

PROJETO Genoma Humano. Disponível em: <<http://www.geocities.com/capecanaveral/hall/64505/genoma/projetogenoma3.html>>. Acesso em: 16 maio 2004.

RACHELS, James. Eutanásia ativa e passiva. In: BAIRD, Robert M; ROSENBAUM, Stuart E. (Orgs.). *Eutanásia: as questões morais*. Venda Nova: Bertrand, 1997. p. 53-62.

RACHELS, James. Mais distinções relevantes. In: BAIRD, Robert M; ROSENBAUM, Stuart E. (Orgs.). *Eutanásia: as questões morais*. Venda Nova: Bertrand, 1997. p 73-82.

RATNESAR, Romesh. A. Better Harvest. *Time*, New York, p. 42, aug. 13 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAYMUNDO, Márcia M.; GOLDIM, José Roberto. *Diretrizes para utilização de animais em experimentos científicos*. Disponível em: <www.ufrgs.br/HCPA/gppg>. Acesso em: 18 jun. 2004.

REICH, W.T. (Ed.). *Encyclopaedia of Bioethics*. New York: MacMillan, 1978.

RESCIGNO, Pietro. Self-determination and Living Wills. In: MAZZONI, Cosimo Marco. (Ed.). *A legal framework for Bioethics*. London: Boston: The Hague, 1998. p. 235-238.

RHONHEIMER, Martin. *Derecho a la vida y Estado moderno: a propósito de La "Evangelium vitae"*. Madrid: Rialp, 1998.

_____. *El derecho a la vida en el Estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.aliento.net>>. Acesso em: 4 abr. 1999.

RIPOLLÉS, José Luis Dez; SÁNCHEZ Juan Muñoz. *El tratamiento jurídico de la eutanásia: una perspectiva comparada*. Valencia: Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminología: Tirant le Blanch, 1996.

ROCHA, Manuel Antonio Lopes. Bioética e Nascimento. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 1, n. 2, p.175-205, abr./jun. 1991.

RODAS MONSALVE, Julio César. La protección penal del ambiente y función siombólica del Derecho Penal. *Derecho Penal y Criminología*, Mexico, v. 15, n. 51, p.157-179, sep./dic. 1993.

RODRIGUES, Roberto. *Exposição de Motivos da MP 223 dirigida ao Presidente da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br >. Acesso em: 28 out. 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El médico ante el Derecho*. Madrid: Ministério de Salud y Consumo, 1985.

_____. *El Derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

_____. *Del gen al Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

_____. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

ROMERO MUÑOZ, Daniel; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina F.; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70.

ROTMAN, Edgard. Estados Unidos. Eutanásia no Direito Comparado. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 5, n.114, out. 2001.

ROURKE, K. O. Statement on tube feeding: an ethical analysis. *America*. New York, v. 155, n. 15, p. 321-323, nov. 1986.

ROXIN, Claus, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. 1v. Versão espanhola de Diego Manuel Luzón Peña et al.

_____. Apreciação jurídico penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 9-38, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal.: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SANTIAGO, Willis. *O Processo Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Júnior, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica na Lei de Transplante de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. (Coleção Saber Jurídico).

SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. Professor Titular de Imunologia [30 maio 2004]. Entrevista pessoal concedida a Maria Auxiliadora Minahim.

SCHRAM, Fermín. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio/ind2v6html>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

SERRÃO. Daniel. Eutanásia. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Orgs.). *Novos desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 249-255.

SERRÃO, Daniel. Suicídio Assistido. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Orgs.). *Novos desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora, 2001. p. 255-258.

_____. Contribuição à comissão temporária sobre a genética humana e outras novas tecnologias da medicina. Disponível em: <http://www.europar1.eu.int/comparl/tempcom/genetics/contributions/contri_serrao_pt.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2004.

SILVA, Franklin Leopoldo da. Da Ética Filosófica à Ética em Saúde. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 19-36.

SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Direitos Humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA FRANCO, Alberto. Genética e Direito. *Revista de Bioética*. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio/v.4/genetica/html>>. Acesso em: 7 jun. 2002.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal – crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

SINGER, Peter. Voluntary Euthanasia: a utilitarian perspective. In: CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 6., 2002, Brasília, Anais... Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética UNB, 2002, p. 48.

SINGER, Peter; WALTERS, W. The moral status of embryo. In: WALTERS, W; SINGER, P. (Eds.). *Test-tube babies: a guide to moral questions, present techniques and future possibilities*. Melbourne: Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 57-63.

SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e Tecnociência: uma abordagem segundo o Princípio de Responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: UEL, 1998.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei 9.605*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Direito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002. (Coleção Bioética em Perspectiva).

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A distinção entre Princípios e Regras no Direito. *Pro-Omnes: Informativo dos Alunos de Direito da Bahia*, Salvador, ano 2, n. 16, p. 1, out. 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica, linguagem e princípios: repensando a interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. 2003. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2003.

SOUTULLO, Daniel. Clonación no reproductiva: utilización de embriones para la observación de tejidos para la transplatación. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, v.1, n. 12, p. 213-223, 2000.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOCK, Gregory; CAMPBELL, John. *Engeneering the Human Germline: an exploration of the Science and Ethics of altering the genes we pass to our children*. New York: Oxford University Press, 2000.

STURMER, Amélia Baldoíno. A incidência do princípio da igualdade nas relações conjugais com o advento da Constituição Federal de 1988. In: ELESBÃO, Elisita Collor. (Coord.). *Pessoa, Gênero e Família: uma visão integrada do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 103-120.

SUÁREZ, Antonia. Disponibilidad sobre la propia vida y el Derecho a morir con dignidad. *Notícias Jurídicas: Artículos Doutrinales*. Disponível em: <<http://noticiasjuridicas.com>>. Acesso em: 22 fev. 2000.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *La función del Derecho Penal y sus consecuencias para el genoma humano*. Madrid: Ed. Colex, 2001.

TAVARES, Amândio S. Eugenia e Sociedade em Bioética. In: ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. (Coord.). *Bioética*. Lisboa: São Paulo: Verbo, 1996. p 247-256.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEICH, Daniel Hessel; OYAMA, Thaís. Em busca do bebê perfeito. *Veja*, São Paulo, n. 44, p. 122-128, nov. 1999.

THE CORNERSTONES for a Prohibition of Cloning Human Beings laid down in the European Convention on Human Rights and Biomedicine, *European Journal of Health Law*, Netherlands, n. 4, p.189-193, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUDO por um bebê: Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih. Disponível em: <<http://www.abdelmassih.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2001.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Tradução de Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIDAL MARTINEZ, Jaime. Comentario a la Sentencia del Tribunal STC 212/1966. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 10, p. 113-137, 1999.

_____. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 17 de junio, 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad n. 376/89 contra la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida. *Revista Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 12, p. 113-137, 2000.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa Silva. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida*. 2004. 278 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

VOLUNTEERS Need. *Los Angeles Time*, Los Angeles, p. G1, jun. 30 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Minas Gerais: Del Rey, 2000.

ZIZEK, Slavoj. A falha da Bio-Ética. Tradução de Luís Roberto Mendes Gonçalves. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p 5-8, 22 jul. 2002.

ANEXOS

ANEXO I

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999	PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999	PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 2001 (SUBSTITUTIVO)
<i>Dispõe sobre a Reprodução Assistida</i>	<i>Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida</i>	<i>Dispõe sobre a Reprodução Assistida.</i>
O CONGRESSO NACIONAL decreta:	O CONGRESSO NACIONAL decreta:	O CONGRESSO NACIONAL decreta:
SEÇÃO I	SEÇÃO I	SEÇÃO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS	DOS PRINCÍPIOS GERAIS	DOS PRINCÍPIOS GERAIS
Art. 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com finalidade de facilitar a procriação.	Art. 1º Esta Lei disciplina o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.	Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras.
§ 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:	<i>Parágrafo único.</i> Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:	<i>Parágrafo Único.</i> Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:
I - embriões humanos aos produtos da união <i>in vitro</i> de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;		I - embriões humanos ao resultado da união <i>in vitro</i> de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;
II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;	I - beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;	II - beneficiários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;
II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;	I - beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;	II - beneficiários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;
III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;	<i>O substituto não contempla</i>	<i>O substituto não contempla</i>

<p>IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados <i>in vitro</i>, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.</p>	<p>II - gestação de substituição ao caso em que uma mulher, denominada genitora substituta, tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados <i>in vitro</i>, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, observadas as limitações do art. 3º desta Lei;</p>	<p>O substitutivo proíbe a gestação de substituição Ver a redação do artigo 3º abaixo</p>
<p>O projeto não contempla</p>	<p>III - consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam consentimento para a sua realização.</p>	<p>III - consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto na Seção II desta Lei.</p>
<p>Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas hereditárias, e desde que:</p>	<p>Art. 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:</p>	<p>Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para prevenção ou tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que: OBS: Existe emenda do Senador Requião restringindo para "<i>prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo</i>" que o Senador Tião Viana pretende acatar.</p>
<p>I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido</p>	<p>I - exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida,</p>	<p>I - exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;</p>

prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;	consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;	(quanto ao prazo mínimo de espera ver a redação do Parágrafo Único do Art. 2º)
II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;	Ver a redação do Inciso I do Art. 2º acima	Ver a redação do Inciso I do Art. 2º acima
III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;	Ver a redação do inciso III a seguir	Ver a redação do inciso III a seguir
IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;	II - a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;	II - a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto na Seção II desta Lei;
O projeto não contempla	III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento.	III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;
V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;	O Substitutivo não contempla	O substitutivo não contempla
VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica	O Substitutivo não contempla	O Substitutivo não contempla

O Projeto não contempla	O Substitutivo não contempla	IV - O doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.
	§ 1º. Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.	A redação do inciso II do Art. 1º, do substitutivo define, mas não há dispositivo regulando
Ver a redação do inciso I acima	§ 2º Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.	<i>Parágrafo Único.</i> Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora
Ver a redação Art. 7º	Art. 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.	Art. 3º Fica proibida a gestação de substituição.
Ver a redação do Parágrafo Único do Art. 7º	<i>Parágrafo único.</i> A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel.	Não aplicável em face da redação do caput do artigo
SEÇÃO DO CONSENTIMENTO	II SEÇÃO DO CONSENTIMENTO	II SEÇÃO DO CONSENTIMENTO II

INFORMADO	LIVRE E ESCLARECIDO	LIVRE E ESCLARECIDO
<p>Art. 3º O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:</p>	<p>Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado por instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos:</p>	<p>Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, <i>nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável,</i> vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos:</p>
<p>Ver a redação do artigo 2º e seus incisos</p>	<p>I - a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida, no caso específico;</p>	<p>I - a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, <i>com manifestação expressa dos beneficiários de falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;</i></p>
<p>I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;</p>	<p>II - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Procriação Medicamente Assistida disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;</p>	<p>II - os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;</p>
<p>II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;</p>	<p>III - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de Procriação Medicamente Assistida nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à Procriação Medicamente Assistida;</p>	<p>III - os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;</p>
<p>III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes,</p>	<p>IV - a possibilidade e a probabilidade de incidência de danos ou efeitos</p>	<p>IV - os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos</p>

danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;	indesejados para as mulheres e para os nascituros;	efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;
IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;	V - as implicações jurídicas da utilização da Procriação Medicamente Assistida;	V - as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;
V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;	VI - todas as informações concernentes à capacitação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;	O Substitutivo não contempla
Ver a redação do inciso I do §3º do Artigo 3º	Ver a redação do inciso I do Artigo 5º	VI - os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no Art. 13 desta Lei;
Ver a redação do Inciso III do § 3º do Artigo 3º	Ver a redação do inciso II do Artigo 5º	VII - as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente.
VI - demais informações definidas em regulamento.	VII - demais informações estabelecidas em regulamento.	VIII - demais requ estabelecidos em regulamento.
§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges companheiros em união estável.	§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será exigido do doador e de seu cônjuge, ou da pessoa com quem viva em união estável.	§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.
§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes	§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de	§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a

do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no art. 12.	a identificação do doador vir a ser conhecida.	identificação do doador vir a ser conhecida.
§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:	Art. 5º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, e o documento originado deverá explicitar:	Ver a redação do caput do Artigo 4º
I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;	I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 14 desta Lei;	Ver a redação do inciso VI do Art. 4º
II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do art. 9º;		
III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.	II - as circunstâncias em que doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.	Ver a redação do inciso do Art. 4º
§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de diagnóstico e	O substitutivo não contempla	O substitutivo não contempla

<p>terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores, para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou os embriões.</p>		
<p>§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.</p>		
<p>SEÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS</p>	<p>III SEÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PROFISSIONAIS QUE REALIZAM PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA</p>	<p>III SEÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E PROFISSIONAIS</p>
<p>Art. 4º Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:</p>	<p>Art. 6º Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis:</p>	<p>Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis:</p>
	<p>I - pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para a realização da técnica de Procriação Medicamente Assistida;</p>	<p>I - pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o em; da técnica de Reproc Assistida;</p>
<p>I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA,</p>	<p>II - pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a</p>	<p>II - pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Reprodução Assistida, vedando-se a transferência a fresco de material doado;</p>

vedando-se a transferência a fresco de material doado;	transferência a fresco de material doado;	
II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;	III - pelo registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a Procriação Medicamente Assistida, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego das técnicas em cada situação;	III - pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de cinquenta anos.
III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.	IV - pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Procriação Medicamente Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Seção II desta Lei;	IV - pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Sessão II desta Lei.
O projeto não contempla	V - pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados.	V - pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;
O projeto não contempla	O substitutivo não contempla	VI - pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;
O projeto não contempla	O Substitutivo não contempla	VII - pela obtenção de licença de funcionamento a expedida pelo competente da administração, definido em regulamento;
<i>Parágrafo único. As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.</i>	<i>Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.</i>	<i>Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.</i>
Art. 5º Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem	Art. 7º Para obter a licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida devem cumprir os seguintes	Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

cumprir os seguintes requisitos mínimos:	requisitos mínimos:	
I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;	I - funcionar sob a direção de um profissional médico;	I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;
II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a RA;	II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a Procriação Medicamente Assistida;	II - dispor de equipes multiprofissionais , recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;
III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;	III - dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Procriação Medicamente Assistida , ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;	III - dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida , ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;
IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.	IV - dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na Procriação Medicamente Assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material;	IV - dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material biológico;
	V - informar o órgão competente, a cada ano , sobre suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.	V - encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.
§ 1º A licença mencionada no <i>caput</i> , obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA,	§ 1º A licença mencionada no <i>caput</i> deste artigo, obrigatória para todos os estabelecimentos que pratiquem a Procriação Medicamente Assistida,	§ 1º A licença mencionada no <i>caput</i> deste artigo será válida por até três anos, renovável ao término de cada período, desde que obtido ou mantido o Certificado de

<p>será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.</p>	<p>será válida por no máximo três anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.</p>	<p>Qualidade em Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.</p>
<p>§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.</p>	<p>O substitutivo não contempla</p>	<p>O substitutivo não contempla</p>
	<p>2º Exigir-se-á do profissional mencionado no inciso I deste artigo e dos demais médicos que atuam no estabelecimento prova de capacitação para o emprego de Procriação Medicamente Assistida.</p>	<p>Ver a redação do inciso I do artigo 6º</p>
<p>§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, a ocorrência ou não de gravidez, desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as mal-formações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.</p>	<p>§ 3º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter, por meio de prontuários, elaborados inclusive para a criança, e de formulários específicos, a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 17 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as mal-formações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.</p>	<p>§ 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do Art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as mal-formações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.</p>

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.	§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e amostra de material celular.	§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.
Ver a redação do § 1º do Art. 6º	§ 5º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.	§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.
.	§ 6º No caso de encerramento das atividades, os estabelecimentos de que trata esta Seção deverão transferir os registros mencionados nos incisos III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.	§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.
§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento		

SEÇÃO DAS DOAÇÕES	IV SEÇÃO DAS DOAÇÕES	IV SEÇÃO DAS DOAÇÕES	IV
Art. 6º Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.	Art. 8º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamentada Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.	Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.	

<p>O projeto não contempla</p>	<p>§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.</p>	<p>§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.</p>
<p>§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.</p>	<p>Ver a redação do Art. 9º</p>	<p>Ver a redação do Art. 8º</p>
<p>§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.</p>	<p>Ver a redação do § 1º do Art. 10</p>	<p>Ver a redação do §2º do art. 9º</p>
<p>§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.</p>	<p>Ver a redação do § 1º do Art. 10</p>	<p>Ver a redação do §2º do art. 9º</p>
<p>§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior,</p>	<p>Ver a redação do § 2º do Art. 10</p>	<p>Ver a redação do § 3º do Art. 9º</p>

resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.		
5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.	Ver a redação do Art. 11	Ver a redação do Art. 10º
§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.		
§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.	Ver a redação do Art. 13º	Ver a redação do Art. 11
	§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:	§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:
		I - não haver doado gameta anteriormente;
	I - para quais estabelecimentos já realizou doação;	
	II - as doenças de que tem conhecimento ser portador.	II - as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

	<p>§ 3º A regulamentação desta Lei poderá estabelecer idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados.</p>	<p>§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.</p>
--	---	---

	<p>Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.</p>	<p>Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.</p>
<p>Ver a redação do Art. 6º</p>	<p>Art. 10. Excepciona-se o sigilo estabelecido no artigo anterior nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida a fornecer as informações solicitadas.</p>	<p>Art. 9º O sigilo estabelecido no artigo anterior poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.</p>
<p>Ver a redação do §2º do Art. 6º Ver a redação do Artigo 12</p>	<p>O substitutivo não contempla</p>	<p>§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.</p>
<p>Ver a redação do § 3º Art. 6º</p>	<p>§ 1º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o</p>	<p>§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas</p>

	médico solicitante.	relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.
Ver a redação do §4º do Art. 6º	§ 2º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.	§ 3º No caso de motivação médica , autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.
Ver a redação do §5º do Art. 6º	Art. 11. A escolha dos doadores será de responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.	Art. 10. A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.
	Art. 12 Haverá um registro central de doações e gestações, organizado pelo Poder Público com base nas informações periodicamente fornecidas pelos estabelecimentos que praticam Procriação Medicamente Assistida, o qual será obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um único par de beneficiários.	Ver a redação do inciso I do § 2º do Art. 7º e a redação do Art. 23

<p>Ver a redação do § 7º do Art. 6º</p>	<p>Art. 13. Não poderão ser doadores, exceto na qualidade de beneficiários, os dirigentes, funcionários e membros, ou seus parentes até o quarto grau, de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida e os civilmente incapazes.</p>	<p>Art. 11. Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.</p>
		<p>Parágrafo único. As pessoas incapazes não poderão ser doadoras de gametas.</p>
<p>Art. 7º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.</p>	<p>Ver a redação do Art. 3º</p>	<p>O substitutivo não permite a gestação de substituição Ver a redação do Art. 3º</p>
<p><i>Parágrafo único.</i> A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.</p>	<p>Ver a redação do Parágrafo Único do Art. 3º</p>	<p>O substitutivo não permite a gestação de substituição Ver a redação do Art. 3º</p>

O Projeto contempla não	O substitutivo contempla não	Art. 12º Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no art. 5º, incisos VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.
O projeto contempla não	O substitutivo contempla não	§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no <i>caput</i> deste artigo.
O projeto contempla não	O substitutivo contempla não	§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais à multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.
O projeto contempla não	O substitutivo contempla não	§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações relativas à pessoa falecida:
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	I) número de inscrição do PIS/PASEP;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	II) número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	III) número do CPF;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	IV) número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	V) número do título de eleitor;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	VI) número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;
O projeto contempla	não	O substitutivo contempla	não	VII) número e série da Carteira de Trabalho.
SEÇÃO DOS GAMETAS EMBRIÕES	V	SEÇÃO DOS GAMETAS EMBRIÕES	V	SEÇÃO DOS GAMETAS EMBRIÕES
Art. 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.		Art. 14. Na execução de técnica de Procriação Assistida, Medicamento serão produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da receptora, a cada ciclo reprodutivo.		Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.
Ver a redação do §4º do Art. 9º		§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido		§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no <i>caput</i>

	no <i>caput</i> deste artigo.	deste artigo.
Ver a redação do §1º do Art. 9º	§ 2º Não se aplicam aos embriões originados <i>in vitro</i> , antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.	§ 2º Os embriões originados <i>in vitro</i> , anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.
		§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor
O Projeto não contempla	O Substitutivo não contempla	§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.
Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.	Art. 15. Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.	Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.
§ 1º Não se aplicam aos embriões originados <i>in vitro</i> , antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.	Ver §2º do Art. 14 acima	Ver §2º do Art. 13 acima
§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.	Ver a redação do Art. 16	Ver a redação do Art. 14
§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante		

<p>a fecundação <i>in vitro</i> será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.</p>		
<p>§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.</p>	<p>§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.</p>	<p>§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.</p>
<p>§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:</p>	<p>§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:</p>	<p>§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:</p>
<p>I - doados há mais de dois anos;</p>		
<p>II - sempre que for solicitado pelos doadores;</p>	<p>I - sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;</p>	<p>I - quando solicitado pelo depositante;</p>
<p>III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;</p>	<p>II - sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;</p>	<p>II - quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;</p>
<p>IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;</p>	<p>III - nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.</p>	<p>III - nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus</p>

		gametas.
V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.		
Ver a redação do §2º Art. 9º	Art. 16. Serão definidos em regulamento os tempos máximos de:	Ver a redação do Art. 14
Ver a redação do §2º Art. 9º	I - preservação de gametas depositados apenas para armazenamento;	Ver a redação do Art. 14
	II - desenvolvimento de embriões <i>in vitro</i> .	Ver a redação do Art. 14
Art. 10. Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões <i>in vitro</i> só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.		
§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.	Art. 17. A pré-seleção sexual só poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamentosa Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.	Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.
§ 2º As intervenções autorizadas no <i>caput</i> e no parágrafo anterior		

só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.		
§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões <i>in vitro</i> será definido em regulamento.	Ver a redação do Art. 16	
SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO CRIANÇA	SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO	SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA
Art. 11. A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.	Art. 18. Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.	Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.
<i>Parágrafo único.</i> Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.		
		§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.
O projeto não contempla	<i>Parágrafo único</i> É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do art. 6º, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.	§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, sendo garantido o sigilo profissional e, sempre que possível, o anonimato.
Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião	<i>O substitutivo não contempla</i>	Ver a redação do §1º do Art. 9º

<p>doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.</p>		
<p>§ 1º A prerrogativa garantida no <i>caput</i> poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.</p>	<p><i>O substitutivo não contempla</i></p>	<p><i>Parágrafo Único. O acesso referido no caput estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.</i></p>
<p>§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.</p>		

<p>Ver a redação dos §§ 3 e 4 abaixo</p>	<p>Art. 19. O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.</p>	<p>Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.</p>
<p>§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.</p>	<p>Art. 20. As conseqüências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados <i>in vitro</i> ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.</p>	<p>Ver a redação dos Art. 16 e 17</p>
<p>§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.</p>	<p>Art. 21. A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos</p>	<p>Ver a redação do § 1º do Art. 16 e a do Art. 17</p>

Ver a redação do Art. 14	<p>Art. 22. O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.</p>	<p>Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).</p>
SEÇÃO VII DOS CRIMES	SEÇÃO VII DOS CRIMES	SEÇÃO VII DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES
	Art. 23. Praticar a redução embrionária:	Ver a redação do Artigo 20 incisos IV e V
	Pena - reclusão de um a quatro anos.	Ver a redação do Artigo 20 incisos IV e V
	<i>Parágrafo único.</i> Não se pune a redução embrionária feita por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.	Ver redação do Artigo 20 incisos IV e V
Art. 13. É crime:		Art. 19. Constituem crimes:
I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;	Art. 24. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem estar previamente capacitado para a atividade:	I - praticar o médico a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade;
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Pena - detenção, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo
II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em	Art. 25. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta	II - praticar o médico a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei, ou em desacordo com os termos

desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;	Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;	constantes do documento de consentimento por eles assinado;
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo
III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;	Art. 26. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:	III - participar o médico do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica;
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar essas gametas e embriões sem a autorização deste;	Art. 27. Fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar essas gametas sem a autorização deste:	IV - fornecer o médico gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar essas gametas sem sua prévia autorização;
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
V - intervir sobre gametas ou embriões <i>in vitro</i> com finalidade diferente das permitidas	O Substitutivo não contempla	Ver redação do Artigo 20 inciso I
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa, nesta Lei;		As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou	Art. 28. Deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, deixar de fornecê-las nas	V - deixar o médico de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer nas situações

recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;	situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:	previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei;
Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.	Pena - detenção, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;	Art. 29. Utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que o depositante tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira:	VI - utilizar o médico gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas;
Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.	Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;	Art. 30. Implantar mais de três embriões na mulher receptora:	VII - implantar o médico mais de dois embriões na mulher receptora;
Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.	Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;	Art. 31. Realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:	VIII - realizar o médico a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;
Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.	Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.	As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e 2º abaixo.
X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões;	Ver a redação do Art. 34	Ver a redação dos inciso X abaixo
Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.		As penalidades referentes aos crimes previstos nesta Seção estão detalhadas nos §§ 1º e

		2º abaixo
O projeto não contempla	Ver redação do Artigo 33	IX - produzir o médico embriões além da quantidade permitida;
Ver inciso X acima	Ver redação do Artigo 34	X - armazenar ou ceder o médico embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contraindicada;
O projeto não contempla	Ver redação do Artigo 35	XI - deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contraindicação médica;
projeto não contempla	Ver redação do Artigo 34	XII - descartar o médico embrião antes da implantação no organismo receptor;
		XIII - utilizar o médico gameta:
O projeto não contempla	Ver a redação do artigo 36 inciso I	a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do serviço de saúde em que realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau;
Ver a redação do Inciso III do Art. 13	Art. 32. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.	O substitutivo não contempla
O projeto não contempla	Art. 33. Produzir embriões além da quantidade permitida: Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.	Ver redação do artigo 19 inciso IX
§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.		
§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas	Ver a redação do Art. 38	Ver a redação dos §§ 1º e 2º do Art. 19

<p>neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.</p>		
<p>O projeto não contempla</p>	<p>Ver a redação do Inciso I do Art. 36</p>	<p>b) de pessoa incapaz;</p>
<p>O projeto não contempla</p>	<p>Ver redação do artigo 36 inciso II</p>	<p>c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;</p>
	<p>Ver redação do artigo 36 inciso III</p>	<p>d) a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas e outros exames complementares.</p>
	<p>As penalidades no Substitutivo da CCJ estão descritas no dispositivo que tipifica o crime.</p>	<p>§ 1º As infrações previstas neste artigo serão punidas com:</p>
		<p>I - prestação de serviços à comunidade;</p>
		<p>II – multa</p>
		<p>III - suspensão da licença para exercer função ou profissão.</p>
		<p>§ 2º Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, cumulativamente ou não, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.</p>
	<p>Art. 34. Armazenar, destruir, ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos nesta Lei:</p>	<p>Ver redação do artigo 19 inciso X</p>
	<p>Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.</p>	
<p>O Projeto não contempla</p>	<p>Art. 35. Deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:</p>	<p>Ver redação do artigo 19 inciso XI</p>
	<p>Pena - detenção de dois a seis anos, e multa;</p>	

		Art. 36. Utilizar gameta:	
O Projeto contempla	não	I - doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida ou seus parentes até o quarto grau, e pelo civilmente incapaz;	Ver redação do artigo 19 inciso XIII, letra "a"
O Projeto contempla	não	II - de que tem ciência ser de um mesmo doador para mais de um par de beneficiários;	Ver redação do Artigo 19 inciso XIII, letra "c"
			Art. 20 Constituem crimes:
Ver redação do Artigo 13 inciso V	O substitutivo contempla	não	I - Intervir sobre gametas ou embriões <i>in vitro</i> com finalidade diferente das permitidas nesta Lei.
			Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
O projeto contempla	não	Ver a redação do inciso I Do Parágrafo Único Do Art. 36	II - Utilizar o médico do próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário.
			Pena: detenção, de um a dois anos, e multa.
		Ver redação do artigo 28	III - Omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar. Pena: detenção, de 3 meses a um ano, e multa
		Ver redação do artigo 23 seu parágrafo único	IV - Praticar o médico redução embrionária, com consentimento , após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher. Pena: reclusão de um a quatro anos.
		III - a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas:	Ver redação do artigo 19 inciso XIII letra "d"
		Pena - reclusão de três a	

	seis anos, e multa.	
	Ver redação do artigo 23 e seu parágrafo único	V - Praticar o médico redução embrionária, sem consentimento , após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.
		Pena: reclusão de três a dez anos.
		Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de um terço, se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.
	<i>Parágrafo único.</i> Na mesma pena incorre:	
	I - o médico que usar o seu próprio gameta para realizar a Procriação Medicamente Assistida, exceto na qualidade de beneficiário;	Ver redação do artigo 20 inciso II
	II - o doador que omitir dados ou fornecer informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.	Ver redação do artigo 20 inciso III
	Art. 37. Realizar a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável:	O substitutivo admite a utilização de RA em pessoas que não sejam casadas nas condições previstas no Artigo 1º Parágrafo Único, inciso II
	Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.	
	<i>Parágrafo único.</i> Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira	

	ou o companheiro.	
	Art. 38. A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de procriação medicamente assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.	
	Art. 39. O estabelecimento e os profissionais médicos que nele atuam são, entre si, civil e penalmente responsáveis pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida.	Inconstitucional segundo o Thales
SEÇÃO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS	SEÇÃO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS	SEÇÃO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS
Art. 14 O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.	Art. 40. O Poder Público regulamentará esta Lei, inclusive quanto às normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de Procriação Medicamente Assistida, competindo-lhe também conceder a licença aos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida e fiscalizar suas atuações.	Inconstitucional segundo o Thales
	Art. 41. Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente Lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei.	Art. 21. Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos da Seção IV.
	§ 1º Presume-se	Parágrafo Único. Presume-se

	<p>autorizada a utilização, para reprodução, de embriões originados <i>in vitro</i> existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data da publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.</p>	<p>autorizada a doação se, no prazo de sessenta dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.</p>
	<p>§ 2º Incorre na pena prevista no crime tipificado no art. 34 aquele que descartar embrião congelado anteriormente à entrada em vigor desta Lei.</p>	
		<p>Art. 22. O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte;</p>
	<p>Art. 42. A União poderá celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios para exercer, em conjunto ou isoladamente, a fiscalização dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida.</p>	
	<p>Ver a redação do Art. 12</p>	<p>Art. 23. O Poder Público organizará um cadastro nacional permanente de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais</p>

		complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.
O projeto não prevê	O substitutivo não prevê	Art. 24. A Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995 passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: "Art. 8º-A São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genetechnologia." (NR)
O projeto não prevê	O substitutivo não prevê	Art. 25. O art. 13 da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso: "III-A – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genetechnologia;" (AC)
Art. 15. Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.	Art. 43. Esta Lei entrará em vigor no prazo de um ano a contar da data de sua publicação.	Art. 26. Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias a partir da data de sua publicação.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 8

Instrução Normativa Nº 8, publicada no Diário Oficial da União - DOU - Nº 131, de 11 de julho de 1997, Seção 1, página 14774.

Dispõe sobre a manipulação genética e sobre a clonagem em seres humanos.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, resolve:

Art.1º Para efeito desta Instrução Normativa, define-se como:

I - Manipulação genética em humanos - o conjunto de atividades que permitem manipular o genoma humano, no todo ou em suas partes, isoladamente ou como parte de compartimentos artificiais ou naturais (ex. transferência nuclear), excluindo-se os processos citados no art.3, inciso V, parágrafo único, e no art.4 da Lei 8974/95/95/95.

II - Células germinais - células tronco responsáveis pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas, com qualquer grau de ploidia.

III - Células totipotentes - células, embrionárias ou não, com qualquer grau de ploidia, apresentando a capacidade de formar células germinais ou diferenciar-se um indivíduo.

IV - Clonagem em humanos - processo de reprodução assexuada de um ser humano.

V - Clonagem radical - processo de clonagem de um ser humano a partir de uma célula, ou conjunto de células, geneticamente manipulada (s) ou não.

Art. 2º Ficam vedados nas atividades com humanos:

I - a manipulação genética de células germinais ou de células totipotentes.

II - experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem.

Art. 3º A presente Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Antonio Barreto de Castro
Presidente da CTNBio

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 9

Publicada do Diário Oficial da União - DOU Nº 200, de 16 de outubro de 1997, Seção 1, páginas 23487-23488.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, resolve:

Art. 1º A Intervenção Genética em Seres Humanos obedecerá às normas constantes da presente Instrução Normativa.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Antonio Barreto de Castro
Presidente da CTNBio

ANEXO NORMAS SOBRE INTERVENÇÃO GENÉTICA EM SERES HUMANOS

1. Preâmbulo

A. Todo experimento de intervenção ou manipulação genética em humanos deve ser considerado como Pesquisa em Seres Humanos, enquadrando-se assim na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, e obedecendo aos princípios de autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Só serão examinadas propostas que satisfizerem todas as exigências da mencionada Resolução nº 196/96, como detalhado abaixo.

B. Somente serão consideradas propostas de intervenção ou manipulação genética em humanos aquelas que envolvam células somáticas. É proibida qualquer intervenção ou manipulação genética em células germinativas humanas, conforme art. 8º, da Lei 8.974, de 05.01.95 e Instrução Normativa nº 8/97, da CTNBio.

C. Todas as propostas de intervenção ou manipulação genética de humanos serão examinadas pela CTNBio, sob o prisma de dois riscos maiores do ponto de vista de biossegurança, a saber: (1) risco de transmissão horizontal da seqüência nucleotídica transferida ou do vetor a outras pessoas com quem o paciente tenha contato, e (2) risco de modificação inadvertida de células germinativas, com transmissão vertical das alterações genéticas à progênie do paciente.

2. Escopo

De acordo com o art. 8º da Lei 8.974/95, é vedada a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos. Entende-se como defeitos genéticos aqueles herdados ou adquiridos durante a vida e que causam problemas à saúde humana.

Defeitos genéticos podem ser causados por : mutação de ponto, inserção, deleção, translocação, amplificação, perda ou ganho cromossômico, ou pela presença de genoma ou parte de genoma de organismos infecciosos.

Terapia gênica somática ou transferência gênica para células somáticas são técnicas de intervenção ou manipulação genética que visam a introdução de material genético em células somáticas por técnicas artificiais, com a finalidade de corrigir defeitos genéticos ou estimular respostas imunes contra a expressão fenotípica de defeitos genéticos, ou para prevenir a sua ocorrência.

3. Requerimentos para Propostas de Intervenção ou Manipulação Genética em Humanos

Devem ser encaminhados para avaliação pela CTNBio:

- a. Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB, do laboratório ou instituição;
- b. descrição da proposta, com resposta aos quesitos discriminados;
- c. protocolo experimental detalhado, incluindo seqüência nucleotídica completa do gene a ser transferido e do vetor;
- d. documentação demonstrando aprovação pelos Comitês Internos de Ética em Pesquisa como estipulado pela Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, incluindo documentos de Consentimento Livre e Esclarecido, assinados pelo sujeito da pesquisa, de acordo com a referida resolução;
- e. Os currículos dos investigadores em forma abreviada, informando particularmente experiência prévia com intervenção ou manipulação genética em humanos.

4. Quesitos Específicos para Propostas de Intervenção ou Manipulação Genética em Humanos

4.1. Objetivos e Estratégia da Proposta

4.1.1. Intervenção genética com Objetivos Terapêuticos

4.1.1.1. Porque a doença selecionada para tratamento através da intervenção genética em humanos é boa candidata para este tratamento?

4.1.1.2. Descreva o curso natural da doença selecionada para tratamento. Existem critérios objetivos para quantificar a atividade e gravidade da doença? O conhecimento da evolução clínica da doença permitirá uma avaliação precisa da eficácia da intervenção genética em humanos?

4.1.1.3. O protocolo está elaborado para prevenir as manifestações da doença, para impedir a progressão da doença depois do aparecimento dos primeiros sintomas ou para reverter as manifestações da doença em pacientes seriamente doentes?

4.1.1.4. Existem terapias alternativas? Quais são as suas vantagens e desvantagens em comparação com a intervenção genética em humanos?

4.1.1.5. Existe experiência de intervenção genética em humanos para esta doença em outros países? Caso positivo, apresente literatura a respeito.

4.1.2. Intervenção Genética com Outros Objetivos

4.1.2.1. Qual o objetivo do protocolo de intervenção genética?

4.1.2.2. Quais células serão alvo da intervenção genética? Porque é necessária a intervenção genética?

4.1.2.3. Existem metodologias alternativas? Quais são as suas vantagens e desvantagens em comparação com a intervenção?

4.2. Delineamento Experimental, Riscos e Benefícios Antecipados

4.2.1. Estrutura e Características do Sistema Biológico

Apresente descrição completa dos métodos e reagentes a serem empregados na intervenção genética e a razão estratégica do seu uso. Aborde especificamente os seguintes pontos:

4.2.1.1. No caso de transferência gênica, qual a estrutura do DNA clonado a ser utilizado?

4.2.1.1.1. Descreva a origem do gene (genômico ou cDNA), o veículo e a forma da transferência gênica. Forneça a seqüência nucleotídica completa, um mapa detalhado da construção e evidências de que o material a ser transferido corresponde ao pretendido.

4.2.1.1.2. Quais elementos regulatórios estão presentes na construção (e.g. promotores, "enhancers", sítios de poliadenilação, origens de replicação, etc). De qual fonte originaram-se estes elementos? Sumarize o que é conhecido sobre o caráter regulatório de cada elemento. O gene a ser transferido é potencialmente oncogênico? Caso positivo, quais os riscos acarretados e quais medidas poderão ser tomadas para reduzir estes riscos?

4.2.1.1.3. Resuma as etapas do processo de obtenção da construção.

4.2.1.2. Qual é a estrutura do material que será administrado ao paciente e como será administrado?

4.2.1.2.1. Descreva a preparação, estrutura e composição dos materiais que serão administrados ao paciente ou usados para tratar as células do paciente:

4.2.1.2.1.1. Caso seja DNA, qual é a sua pureza (tanto em termos de ser uma espécie molecular única, quanto em termos de contaminação com proteínas, carboidratos, lípidos, etc.). Quais os testes usados para estimar esta pureza e qual a sua sensibilidade?

4.2.1.2.1.2. Caso seja vírus, como foi preparado a partir da construção de DNA? Em quais células foram crescidos os vírus? Qual o meio e o soro usados? Como foi feita a purificação do vírus? Qual é a sua estrutura e grau de pureza? Quais providências foram tomadas (e qual a sua eficiência) para detectar a presença de contaminação por outros vírus, DNAs, RNAs e/ou proteínas?

4.2.1.2.1.3. Se foi usado o co-cultivo, quais células foram utilizadas? Quais providências foram tomadas (e qual a sua eficiência) para detectar a presença de qualquer contaminação?

4.2.1.2.2. Descreva qualquer outro material que será usado na preparação do inóculo. Por exemplo, se um vetor viral está sendo usado, qual a natureza do vírus "helper"? Se outras partículas carreadoras forem ser usadas, qual a sua natureza?

4.2.2. Estudos Pré-Clínicos, Incluindo Estudos para Levantamento de Riscos

Descreva resultados de experimentos em culturas de células ou animais experimentais que demonstrem a segurança, eficácia e viabilidade dos procedimentos propostos. Explique porque o modelo experimental escolhido é o mais apropriado.

4.2.2.1. Sistema de transferência gênica

4.2.2.1.1. Quais são as células alvo para a transferência gênica? Quais células serão tratadas ex vivo e reintroduzidas no paciente? Como será feita a seleção das células alvo que receberam o DNA transferido? Como será feita a caracterização das células antes e depois do tratamento? Quais os dados teóricos e práticos que permitem assumir que apenas as células alvo receberão o material genético?

4.2.2.1.2. Qual é a eficiência do sistema de transferência gênica? Qual o percentual previsto de células alvo que conterá o DNA transferido?

4.2.2.1.3. Como será feita a monitorização da estrutura das seqüências transferidas e qual a sensibilidade da análise? O DNA transferido é extra-cromossômico ou integrado? O DNA transferido poderá sofrer rearranjos?

4.2.2.1.4. Quantas cópias do DNA transferido espera-se que estejam presentes por célula? Qual a estabilidade do DNA transferido?

4.2.2.2. Transferência Gênica e Expressão em Termos de Persistência e Estabilidade Estrutural

4.2.2.2.1. Quais modelos de cultura de tecidos e de animais experimentais foram usados em estudos laboratoriais para avaliar a eficiência in vitro e in vivo do sistema de transferência gênica? Quais as similaridades e diferenças deste modelos em comparação com a proposta de transferência gênica para humanos?

4.2.2.2.2. Qual é o nível mínimo de transferência e/ou expressão gênica que estima-se ser necessário para sucesso da transferência gênica? Como foi determinado este nível?

4.2.2.2.3. Explique em detalhes os experimentos pré-clínicos que demonstram a eficiência do sistema de transferência, em termos de níveis mínimos necessários para a transferência gênica.

4.2.2.2.4. O DNA integrado modifica a expressão de outros genes? Como foi verificado isto?

4.2.2.2.5. Em qual porcentagem das células que receberam o DNA transferido ocorre expressão do gene? O produto do gene transferido é biologicamente ativo? Qual proporção da atividade normal é derivada do gene transferido? Como foi verificado isto?

4.2.2.2.6. O gene transferido expressa-se em células além das células-alvo? Como foi verificado isto?

4.2.2.3. Sistemas de Transferência Baseados em Retrovírus

4.2.2.3.1. Quais os tipos celulares que serão infectados com o vetor retroviral? Espera-se que haja produção de partículas virais?

4.2.2.3.2. Quão estáveis são o vetor retroviral e o provírus resultante em termos de deleção, rearranjos, recombinação e mutação? Que informação está disponível sobre o risco de recombinação com retrovírus endógenos ou outros vírus que porventura possam estar presentes nas células do paciente?

4.2.2.3.3. Existe alguma evidência de que a transferência gênica possa vir a ter efeitos adversos (e.g. desenvolvimento de neoplasias, mutações deletérias, regeneração de partículas infecciosas, respostas imunes, etc.)? Quais precauções serão tomadas para minimizar a patogenicidade do vetor retroviral? Quais experimentos pré-clínicos foram feitos para estimar esta patogenicidade?

4.2.2.3.4. Há alguma evidência experimental de que o vetor possa penetrar em células não tratadas, especialmente células germinativas? Qual a sensibilidade destas análises?

4.2.2.3.5. O protocolo de transferência gênica para humanos foi testado em primatas não-humanos ou outros animais de laboratório? Especificamente, há alguma evidência de recombinação do vetor retroviral com retrovírus endógenos ou outras seqüências virais presentes nestes animais?

4.2.2.4. Sistemas de Transferência Gênica Não-Retrovirais

4.2.2.4.1. Quais experimentos em animais foram realizados para determinar se há risco de conseqüências indesejadas ou deletérias do protocolo de terapia gênica (incluindo inserção de DNA em células não-alvo, especialmente células germinativas)? Por quanto tempo foram os animais estudados Após o tratamento? Quais outros estudos de biossegurança foram realizados?

4.2.3. Procedimentos Clínicos, Incluindo Monitorização dos Pacientes;

Descreva o tratamento que será administrado aos pacientes e os métodos diagnósticos que serão usados para monitorizar a resposta ao tratamento. Descreva estudos clínicos prévios com métodos iguais ou similares. Especificamente responda:

4.2.3.1. Serão removidas células do paciente para tratamento ex vivo? Descreva os tipos e números das células e os intervalos nos quais elas serão retiradas.

4.2.3.2. Os pacientes serão tratados para eliminar ou reduzir o número de células alvo não-modificadas (e.g. radiação ou quimioterapia)?

4.2.3.3. Quais células tratadas (ou combinações vetor/DNA) serão administradas aos pacientes? Como será feita a administração? Qual o volume a ser usado? O tratamento será único ou múltiplo? Qual o espaçamento dos tratamentos?

4.2.3.4. Como será averiguada a transferência e expressão do gene nas células do paciente? A expressão será examinada em células não-alvo?

4.2.3.5. Quais estudos serão realizados para avaliar presença e efeitos de contaminantes?

4.2.3.6. Quais são os pontos finais clínicos do estudo? Haverá mensurações quantitativas para avaliar a história natural da doença? Como será feito o seguimento clínico dos pacientes?

4.2.3.7. Quais as expectativas em relação aos maiores efeitos benéficos ou adversos da transferência gênica? Quais medidas serão tomadas para impedir ou reverter reações adversas, caso elas ocorram?

4.2.3.8. Se um paciente tratado vier a falecer, quais estudos especiais serão realizados post-mortem?

4.2.4. Considerações de Saúde Pública

Discuta o possível risco da transferência gênica para outras pessoas além dos pacientes. Especialmente, responda às seguintes perguntas:

4.2.4.1. Há qualquer risco para a saúde pública?

4.2.4.2. Há possibilidade de que o DNA transferido alastre-se dos pacientes para outras pessoas ou o meio ambiente?

4.2.4.3. Quais precauções serão tomadas para evitar o alastramento?

4.2.4.4. Quais medidas serão tomadas para minimizar o risco para a saúde pública?

4.2.4.5. Tendo em vista riscos potenciais para a progenia dos pacientes, incluindo transmissão vertical, serão tomadas medidas contraceptivas?

4.2.5. Qualificação dos Pesquisadores e Adequação das Facilidades Clínicas e Laboratoriais

Descreva o treinamento e experiência da equipe. Descreva as facilidades clínicas e laboratoriais que serão usadas. Especificamente, responda às perguntas:

4.2.5.1. Descreva as instalações onde serão preparados os materiais a serem usados na intervenção genética, incluindo condições ambientais para a eventual manipulação de células ex-vivo.

4.2.5.2. Quais profissionais estarão envolvidos nos estudos pré-clínicos e clínicos e quais são suas qualificações? Inclua currículos resumidos.

4.2.5.3. Em qual hospital ou clínica será feita a intervenção genética? Quais facilidades serão especialmente importantes para o estudo proposto? Os pacientes ocuparão leitos normais ou ficarão isolados? Onde residirão os pacientes no período de acompanhamento após a intervenção genética?

4.3. Seleção dos Pacientes

Os critérios de seleção dos pacientes obedecerão as normas da Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde.

Estime o número de pacientes envolvidos no estudo. Descreva os procedimentos de seleção dos pacientes. Especificamente, responda aos seguintes quesitos:

4.3.1. Quantos pacientes serão tratados?

4.3.2. Quantos candidatos à intervenção genética poderão ser identificados por ano?

4.3.3. Qual o método de recrutamento dos pacientes?

4.3.4. Quais os critérios de seleção dos pacientes potenciais?

4.3.5. Caso haja mais candidatos para a intervenção genética do que vagas, quais critérios serão usados para selecionar os pacientes?

ANEXO II

PROJETOS DE LEI SOBRE A CLONAGEM APRESENTADOS AO CONGRESSO NACIONAL

Identificador	Autor	Ementa	Tramitação
Projeto de Lei 02811 de 1997	Salvador Zimbaldi (PSDB-SP) [DEP]	Proíbe experiências e clonagem de animais e seres humanos	19/09/2001 - Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática - aprovação unânime do parecer favorável do relator, Dep. Dr. Hélio com substitutivo a este e aos PL 2822/97, 2865/97, 2904/97, 4060/98, 4319/98, 2838/97, 1499/99, 3348/00, 4663/01, 4664/01, 5127/01, 5323/01, 5361/01 e 5704/01 apensados. 24.09.2001 – Encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação
Projeto de lei 02822 de 1997	Severino Cavalcanti (PPB-PE) [DEP]	Define como ação criminosa a utilização de qualquer técnica destinada a reproduzir o mesmo biótipo humano	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 02838 de 1997	Paulo Lima (PFL-SP) [DEP]	Veda a pesquisa e a realização de experiências destinadas à clonagem de seres humanos	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de lei 02865 de 1997	José Aldemir (PMDB-PB) [DEP]	Dispõe sobre pesquisas envolvendo seres humanos e uso de técnicas de engenharia genética na modificação de organismos	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 02904 de 1997	Sandra Starling (PT-MG) [DEP]	Altera a redação do Inciso III do artigo 13 da lei 8974/95/95, de 05 de janeiro de 1995 e dá outras providências	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 04060 de 1998	Aldo Rebelo (PCdoB – SP) [DEP]	Proíbe a clonagem de seres humanos e dá outras providências	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei	Álvaro Valle	Proíbe a clonagem humana e	Apensado ao PL 2811/97

04319 de 1998	(PL-RJ) [DEP]	o desenvolvimento de clones humanos em útero humano, ou de qualquer animal, ou artificial	
Projeto de Lei 01499 de 1999	Alberto Fraga (PMDB-DF) [DEP]	Proíbe a manipulação de células ou embriões humanos para os fins de experiências científicas que específica, e dá outras providências	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 04663 de 2001	Lamartine Posella (PPB-SP) [DEP]	Dispõe sobre a proibição da realização de experiência com embriões humanos para fins de clonagem	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 02855 de 1997	Confúcio Moura (PMDB-RO) [DEP]	Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e da outras providências	10.04.2001 – Mesa deferido ofício p-197 da CCRJ, solicitando a alteração do despacho dado a este projeto para que esta comissão de manifeste também quanto ao mérito, esclarecendo que a matéria deverá ser apreciada pelo plenário
Projeto de Lei 05127 de 2001	Bispo Rodrigues (PL-RJ) [DEP]	Dispõe sobre a proibição, em todo o território nacional, de qualquer experimento, quer científico ou não, de seres humanos e dá outras providências	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 05323 de 2001	Nair Xavier Lobo (PMDB-GO) [DEP]	Tipifica a conduta de clonagem	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 05361 de 2001	Luis Barbosa (PFL-RR) [DEP]	Torna crime a "clonagem" de seres humanos	Apensado ao PL 2811/97
Projeto de Lei 05704 de 2001	Givaldo Carimbão (PSB-AL) [DEP]	Acrescenta inciso ao artigo 13 da lei 8974/95/95, de 05 de janeiro de 1995, que regulamenta os incisos II e V do parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas para uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente	Apensado ao PL 2811/97

		de organismos geneticamente modificados	
Projeto de Lei do Senado 00285 de 1999	Sebastião Rocha (PDT-AP) [SEN]	Regulamenta a experimentação técnico-científica na área de engenharia genética, vedando os procedimentos que visem à duplicação do genoma humano com a finalidade de clones de embriões de seres humanos, e dá outras providências	22.08.2001 Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Distribuído ao senador Leomar Quintanilha, para emitir relatório.

ANEXO III

PRINCIPAIS DOCUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL PERTINENTES À CLONAGEM

Documento	Data	Disposições	Observações
Código de Nuremberg	1947	Diante das atrocidades experimentadas em seres humanos, ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, este código tratou da relação ser humano e pesquisador	Trata de experimentação humana
Declaração Universal dos Direitos Humanos	10/12/1948		Aprovada pelos países que integram a ONU
Declaração de Helsinki (Associação Médica Mundial)	1964	Voltada para a relação ser humano e médico-pesquisador, salientou a importância do consentimento e informação do ser humano voluntário como princípios básicos, especialmente na pesquisa médica não-terapêutica (pesquisa biomédica não clínica)	Revisada em 1975, 1983, 1989, 1996 e 2000
Relatório Belmont (EUA)	1978	Expressamente adotou e expôs como princípios éticos básicos e relevantes para a ética na pesquisa que envolve seres humanos e cujo objeto é o ser humano, os princípios do respeito às pessoas, beneficência e justiça	Comissão Nacional para a proteção dos Seres Humanos sujeitos à investigação Biomédica e do Comportamento
Diretrizes Internacionais para Pesquisas Médicas da OMS	1982		Organização Mundial de Saúde
Declaração de Valência sobre Ética e o Projeto Genoma Humano	1990	Declarou a aceitação da terapia gênica das células somáticas, para tratamento de enfermidades humanas específicas, e os numerosos obstáculos e falta de consenso ético geral sobre a terapia gênica de células germinativas	

Conferência do CIOMS para a Ética e Pesquisas em seres humanos	1993		Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas
Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano	1993	"A idéia de uma perfeição genética e da eliminação, por meios genéticos, da preciosa variedade da humanidade é socialmente repulsiva e apresenta um grande risco para a espécie humana, que tem sobrevivido e evoluído, como resultado das inúmeras diferenças genéticas individuais. A história está repleta de pessoas que alcançaram grandes êxitos apesar de apresentarem alterações importantes, ao conseguir superá-las. Assim, o poeta Milton padeceu de cegueira, Goya e Beethoven de surdez, Mahler morreu devido a um problema congênito".	Publicada na Espanha alerta para os riscos de se utilizar a informação genética em prejuízo da própria humanidade
Declaração Universal dos Direitos Humanos das Futuras Gerações	1994	Art. 3º - "as pessoas pertencentes às gerações futuras têm direito à vida, ao manutenção e perpetuação da humanidade, nas diversas expressões de sua identidade. Por conseguinte, está proibido causar dano de qualquer maneira que seja à forma humana de vida, em particular com atos que comprometem de modo irreversível e definitivo a preservação da espécie humana, assim como o genoma e a herança genética da humanidade, ou tendam a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso".	Elaborada por membros da UNESCO em Tenerife na Espanha
Declaração Ibero-latino-americana	1996	Art. 1º - o genoma humano constitui parte do patrimônio comum da humanidade como	Revisada em Buenos Aires em 07/11/1998

sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo)		uma realidade e não como uma expressão simbólica	
Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina	1997	Foi reconhecido que o genoma humano está relacionado à dignidade humana, sendo o genoma humano, por um lado base desta dignidade (art.1º) e, por outro lado não podendo essa dignidade ser desrespeitada, em razão das características desse genoma, uma vez que essa mesma dignidade determina que os indivíduos não podem ser reduzidos às suas características genéticas (arts. 2º e 6º), no mesmo sentido, essa dignidade não pode ser desrespeitada pela pesquisa e aplicação genéticas (arts. 6º, 9º, 10º e 25º)	Apresentado para adoção na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco
Convenção de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina	12/01/98	Elaborou um "Protocolo de Clonagem" que regulamenta a engenharia genética e sua aplicação ao homem, proibindo qualquer intervenção que tenha por objeto criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, seja vivo ou morto	Firmada por 19 países da Europa
Diretiva 98/44 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa	06/07/98	Sobre a proteção jurídica das invenções biotecnológicas	
Declaração Bioética de Gijón	240/04/00	"O genoma humano é patrimônio da humanidade e como tal não é patenteável". "A criação de indivíduos humanos geneticamente idênticos por clonagem deve ser proibida. A utilização de células-tronco com fins terapêuticos deve ser permitida sempre que a obtenção dessas células não implique a destruição de embriões".	Congresso Mundial de Bioética promovido pela Sociedade Internacional de Bioética na Espanha.

Publicada no DOU do dia 10/12/2002, seção I.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)