

A proteção do patrimônio genético e o direito penal

DOI: [10.47224/revista-master.v6i11.114](https://doi.org/10.47224/revista-master.v6i11.114)

Geilson Nunes
Laura Araújo Clemente

e-mail: laurinh.2008@hotmail.com

Resumo

O presente estudo teve como objetivo pesquisar sobre o amparo que o material genético vivo necessita do ordenamento jurídico frente às inovações que a Biotecnologia traz, buscando demonstrar as singularidades das novas descobertas nos seres humanos ao se falar de herança genética, seus pontos positivos e negativos, qual a postura esperada do Estado no tocante a este assunto e a grande problematização que gira ao redor da falta de normatização do tema por parte do Poder Judiciário. Inicialmente, buscou-se analisar e procurar conceituar com a maior exatidão possível o que é bem jurídico e quais deles merecem proteção penal do Estado, passando-se em seguida a explorar as consequências e os desafios jurídicos que a Biotecnologia apresenta. Por fim, cuidou de demonstrar que as inovações biotecnológicas experimentadas em ser humano devem ter um cuidado especial do Estado quando se criarem normas. O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, valendo-se de referencial teórico doutrinário, constitucional e legal.

Palavras-chave: Biotecnologia. Direito Penal. Herança genética

Abstract

The purpose of this study was to research the protection that living genetic material needs in the legal system in view of the innovations that Biotechnology brings, seeking to demonstrate the singularities of new discoveries in human beings when talking about genetic inheritance, its positive points and negative, what is the State's expected stance on this matter and the great problematization that revolves around the lack of standardization of the theme on the part of the Judiciary. Initially, we sought to analyze and try to conceptualize as precisely as possible what is legal and which of them deserve criminal protection from the State, and then we will explore the consequences and legal challenges that Biotechnology presents. Finally, he took care to demonstrate that the biotechnological innovations experienced in human beings must take special care of the State when creating standards. The method used in the research was the deductive one, using a theoretical doctrinal, constitutional and legal framework.

Keywords: Biotechnology. Criminal Law. Genetic inheritance.

1 INTRODUÇÃO

O desígnio desta pesquisa será realizar um estudo que demonstre a proteção do bem jurídico penal, com relação aos avanços da Biotecnologia na atual globalização em consonância com a evolução na qual o Direito se encontra, dando-se maior ênfase ao ramo jurídico penal, na busca de entrelaçar estes dois mundos para que, juntos, possam chegar a um fim único de proteger a vida humana sem conter o progresso que a medicina exige.

Neste viés, primeiramente tratar-se-á da conceituação de bem jurídico, cuidando de demonstrar quais são os bens que realmente merecem proteção penal do Estado, de que forma eles são protegidos, quais os princípios devem ser

observados para resguardar o amparo destes institutos e, por fim, afunilando um estudo geral de bem para um estudo específico do bem da vida e seu material genético.

Posteriormente, será dada dedicação ao rumo que a Biotecnologia tem tomado e quais os desafios que ela enfrenta com o atual sistema judiciário, evidenciando os princípios a serem seguidos, quais os direitos fundamentais devem ser respeitados e a necessidade que a população sente de ver seus direitos sendo protegidos em meio à enorme onda de pesquisas que sonda os dias atuais, cobrando uma maior atuação do Poder Público que acompanhe a ciência.

Por último, ter-se-á em vista a demonstração de como o patrimônio genético, como bem jurídico,

deve ser protegido em meio ao incontestável crescimento da ciência e da Biotecnologia, demonstrando quais os pontos devem ser amparados pelo ordenamento, quais as problemáticas encontradas neste caminhar, quais as legislações já existentes e se são suficientes e por último, porém não menos importante, indicar uma possível solução para suprimir os problemas enfrentados sem a necessidade de se legislar sempre que houver uma nova descoberta.

Para alcançar o resultado desejado no presente estudo, o método de questionamento a ser utilizado será o dedutivo, no qual se busca alcançar um resultado particular por meio de argumentos gerais, utilizando-se de uma série de fontes pesquisadas que revelam ideias sobre o assunto e de exemplificativas concretas tragas por autores especialistas no tema, com o fim de se alcançar o objetivo proposto. A metodologia aplicada na apuração da pesquisa será a de cunho fundamentalmente bibliográfico.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO PENAL

Para entrar num assunto tão amplo e discutido como o conceito e a evolução de bem jurídico, é importante destacar, primeiramente, a origem deste termo. Assim, é válido lembrar que foi Binding quem, pela primeira vez, falou no conceito desta expressão utilizando-se na sua conceituação elementos que muito se assemelham com a descrição que vigora nos dias de hoje.

No objetivo de explicar o conceito de bem jurídico, Toledo (2000, p. 15) aponta que:

[...] bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de valor, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, valem. Por isso são, em geral, apetevidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões.

Antes mesmo de se realizar tal conceituação, imperioso fazer uma análise sobre os princípios relacionados ao bem jurídico penal, começando-se com o da subsidiariedade. O Direito Penal é considerado última ratio, sendo permitida sua

utilização somente como último meio para resolução daquele determinado problema, utilizando-se, primeiramente, das outras áreas do nosso ordenamento jurídico para tanto.

Assim, o Estado somente pode utilizar-se do Direito Penal para punir determinada ação quando nenhum outro meio mais brando puder ser usado para prevenir a prática de determinadas condutas humanas, tendo-se então, o princípio da fragmentariedade. Dessa forma, a tendência atual, e a mais acertada, leva a proteção do bem jurídico até mesmo para um viés extrajurídico, com soluções de conflitos tendentes a não direcionar as problemáticas ao Poder Judiciário ou que, mesmo que chegue a ele, aconteça de forma mais amigável que o comum.

Mostrando então a incidência do bem jurídico no ordenamento brasileiro, Prado (2003, p. 90-95) explana que os bens que fazem jus à proteção penal são aqueles prelecionados pela Constituição Federal e aqueles que estiverem em total sincronia com o Estado de Direito democrática, exceto aqueles casos normatizados pelo legislador em que assim haja extrema necessidade.

Conceituando bem jurídico penal, Toledo (2007, p. 17) destaca que é aquele que exige uma proteção diferente, na esfera penal, por não ser suficientemente protegido pelas garantias existentes nos outros ramos oferecidos pelo direito. Ainda destaca que, apesar da existência deste singular resguardo jurídico, não implica dizer que o direito penal abrange todos os tipos de danos existentes. E ainda destaca o autor que se pode contar com diversos bens existentes, todavia, nem todos são caracterizados por serem “dignos de proteção”, enquadrando-se na classe de bens jurídicos.

Neste viés, importante destacar que o simples viver é um risco em si e o direito penal atua neste sentido, não para erradicar por completo todos os perigos, mas para proteger aqueles bens mais importantes e que merecem uma atenção especial. Por este motivo, além de não abarcar todos os bens jurídicos penais, não se pode falar que todas as maneiras de lesão serão protegidas, sendo escolhidas as que mais causam danos ao outro.

Ademais, apesar de termos concluído a premissa de que o direito penal tem seu objetivo baseado na proteção do bem jurídico, é preciso defini-lo com clareza. Nesse sentido, ao se conceituar de forma

político-criminal, faz-se necessário estabelecer quais são os bens constitucionais dignos de proteção.

Assim, o bem jurídico penal deve conter em si uma relevância essencial a ponto de necessitar da proteção do Estado. Isso, somando-se ao fato de que o bem deve manter uma relação com os Princípios básicos e fundamentais da Constituição Federal de 1988, não sendo preciso a sua compatibilidade específica com o texto constitucional.

Ao ver de Roxin (2012, p. 37) “a construção de bens jurídicos [...] não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei. Os defensores do chamado conceito metodológico do bem jurídico de fato consideram que o bem jurídico é idêntico à ratio legis”. Muito se discute nas temáticas atuais sobre a proteção de bens jurídicos referente a embriões e outras situações parecidas. Procura-se melhor explicar a proteção de bens como este, diante do direito penal presente e das suas enormes transformações, havendo uma constante evolução no caminhar do direito.

Na dicção de Roxin (2012, p. 166), não há que se falar em lesão a um embrião, vez que ele é conduzido ao seu fim natural, pois, ao ser implantado no corpo da mãe, ele se desenvolverá normalmente como se tivesse sido concebido naturalmente. Além de moralmente aceito hoje em dia, o procedimento serve para auxiliar aqueles que não conseguem ter descendentes.

É possível discutir também a situação da vida humana enquanto ainda estiver em gestação. Vem deste sentido então, por exemplo, a ideia de se punir o aborto, na visão de que o embrião, em determinado momento, torna-se um bem jurídico penalmente protegido pelo ordenamento jurídico.

Conforme grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países, existem dois modelos de solucionar a controvérsia a respeito do assunto. Nas sábias palavras de Roxin (2012, p. 171):

Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível, se for realizado por um médico, a desejo da gestante, e se tiver presente determinada indicação. Segundo a solução de prazo, pode-se, dentro de determinado prazo – em geral, três meses

– interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos.

Vale lembrar que, não obstante o embrião detenha de certa proteção, o nascituro começa ter as suas garantias protegidas pelo direito penal. Este acontecimento dá início ao bem jurídico da vida, um dos bens mais importantes do Direito Penal. Assim, é necessário estudar também sobre a proteção da vida e de seus desdobramentos.

3 A BIOTECNOLOGIA E SEUS DESAFIOS JURÍDICOS

A biotecnologia tem aberto seu ramo de desenvolvimento e criando realidades com objetivos favoráveis à maior criação de técnicas eficientes em várias áreas da economia. Isso favorece a melhoria de vida da população, precisando, no entanto, observar o mundo jurídico para que ele acompanhe estas inovações.

Nas palavras de Casabona (2007, p. 29) o advento da tecnologia traz algumas incertezas a seu respeito e nem sempre há possibilidade de controle depois de testadas. Assim, destaca ainda no mesmo sentido:

Consequentemente, a capacidade de interferir na matéria viva por meio das biotecnologias tornou-se muito maior, assim como a velocidade com que as transformações podem ocorrer. No entanto, há ocasiões em que alguns efeitos das biotecnologias são imprevisíveis e, por isso, nem sempre são controláveis.

Neste pensar, é válido ressaltar que a biotecnologia, intimamente ligada ao Direito, deve visar a proteção do respeito à liberdade, direito fundamental, com o intuito de criar meios reais de garantia de um exercício livre deste direito a ser exercido com vistas na tecnologia.

Dessa forma, de acordo com Casabona (2007, p. 30), parece ser lógico que a sociedade cobre do Poder Público uma maior demonstração de clareza no tocante ao tipo de medida a ser tomada para evitar riscos que esse desenvolvimento da biotecnologia possa vir a causar. Além do mais, segundo o mesmo autor, o Poder Público deve ainda se preocupar com o fato de não com seguir afirmar quais os riscos reais aos quais devemos nos acautelar.



Giddens (2007, p. 44) afirma ainda que nos dias de hoje, os perigos existentes são desenvolvidos por nós mesmos e são tão aterrorizantes quanto àqueles externos, podendo mesmo ser extremamente calamitoso. Ao mesmo passo que alguns outros perigos afetam o indivíduo de forma particular e objetiva, como a medicina e o matrimônio.

Casabona (2007, p. 32) traz ainda o fato de dever existir uma limitação a fim de proibir essa tecnologia, se usada num grau potencial a desviar a sua finalidade e prejudicar desde o indivíduo à sociedade. Além do mais, neste mesmo sentido, fala-se em proteção da biotecnologia no que toca ao elemento vivo, ou seja, ao material genético humano e sua própria dignidade.

Ao se falar na ligação existente entre o Direito e a Biotecnologia, é preciso sempre lembrar de seus princípios norteadores e, dessa forma, não há como não falar no Princípio da Precaução. Casabona (2007, p. 33) explicita que referido princípio visa proteger a saúde do ser humano, tendo em vista que estas atividades incertas da biotecnologia podem trazer consequências irreversíveis.

Por este mesmo motivo, Morin (2015, p. 224) traz a existência de um desequilíbrio entre a insatisfação que as pessoas sentem em relação à sua própria saúde e o estabelecimento do médico em sua potencialidade. No entanto, o que antes era considerado um risco aceitável, hoje é tido como um risco aceitado, visto que o Direito não possui completa autonomia para garantir um resguardo absoluto dos citados riscos. Assim, Casabona (2007, p. 33) afirma que para cumprir o seu dever, o Direito aceita o chamado “risco permitido”, considerado como conhecido e previsível, trazendo à baila o efeito da prudência e adentrando no princípio mencionado.

Com o progresso existente da biotecnologia e sua enorme necessidade de solução dos conflitos, Morin (2015, p. 223) ainda destaca que:

Efetivamente, constata-se cada vez mais que a medicina apresenta problemas bioéticos desconhecidos no passado, entre eles a contradição entre o imperativo hipocrático (que é de preservar a vida a qualquer preço) e o imperativo da humanidade (que quer poupar o doente de sofrimentos atroz, por meio de

eutanásia, se ele assim o desejar). [...] De forma semelhante, no que diz respeito à procriação, ao nascimento, aos contraceptivos [...], o progresso da medicina apresenta problemas éticos logicamente insolúveis, sobre os quais não se pode senão estabelecer compromissos incertos e provisórios.

Imperioso ressaltar, que o princípio da precaução não é baseado em uma absoluta falta de incerteza sobre o que acontecerá, já que ele se funda na desconfiança de riscos que possam vir a existir em determinada execução. Assim, nos sábios dizeres de Casabona (2007, p. 35), o instituto estudado tem como resultado a adoção de medidas que evitem causar riscos para um possível dano irreversível antes que ele realmente aconteça.

Depois de falar um pouco de modo geral sobre o desenvolvimento da biotecnologia, é necessário adentrarmos no conceito da sua relação com a saúde humana. Assim, ao se falar em terapia gênica, o autor ainda traz a clara conceituação deste instituto:

A engenharia genética está possibilitando diversas intervenções nos componentes genéticos do ser humano. A terapia gênica é exemplo dessa engenharia e refere-se à cura ou à prevenção de doenças ou defeitos graves associados a causas genéticas. Tais intervenções atuam diretamente nos genes mediante diversos procedimentos teóricos, como a adição, a modificação, a substituição ou a supressão de genes. (CASABONA, 2007, p. 36)

Assim, para suprir os defeitos da genética humana, são introduzidas no organismo do indivíduo células geneticamente modificadas para que supram o defeito da célula já existente. Essas anomalias podem ser hereditárias, quando os pais os transmitem junto com o material genético; podem ser não hereditárias, quando acontece de imperfeições imprevisíveis surgirem na formação das células sexuais; e congênitas, quando acontecem mutações no desenvolvimento inicial do embrião.

Neste viés, Casabona (2007, p. 37) trata sobre a eugenia positiva, intimamente ligada com o assunto. Referido termo se refere ao fato de que a



engenharia genética poderá criar aberturas para se chegar à perfeição de uma certa característica humana. A preocupação com este assunto é devido à dúvida de que, futuramente, esta modificação possa ser transmitida às futuras gerações.

É por este pensamento de preocupação com a linhagem seguinte que Adorno (2009, p. 81) explica que buscar a austeridade entre a dignidade que a pessoa merece e a liberdade é uma árdua tarefa e traz extrema complexidade aos debates da bioética. Além de princípio presente em nossa Carta Magna, a dignidade da pessoa humana é requisito essencial para sua existência devendo sempre ser respeitado

No mesmo sentido da terapia gênica na linha somática, imperioso destacar-se que na linha germinal alguns aspectos são de extrema semelhança, no entanto, outros são completa e totalmente diversos. Uma delas é que esta linha de pesquisa não busca proteger os gametas e zigotos, mas capacitar indivíduos que possuem anormalidades em suas células reprodutoras para que possam reproduzir ou que, depois de unidos os gametas, possam sanar as anomalias provenientes desta união.

Além do mais, Casabona (2007, p. 40) aduz que apesar de poder evitar doenças genéticas na linha descendente, é imprescindível verificar que poderão surgir efeitos definitivos não desejáveis nestas mutações sendo, conseqüentemente, repassados às próximas gerações. Assim, foram proibidos ou suspensos os testes relacionados à linha germinal do indivíduo por não haver segurança vinda dos efeitos ainda desconhecidas. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), de 11 de novembro de 1997, em seu art. 24 e o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 4 de abril de 1997, em seu art. 13, proíbem então, respectivamente, a intervenção na linha germinal por ser uma prática contrária ao Princípio da Dignidade Humana e para o caso de poder existir mutações incertas que interfiram na hereditariedade dos descendentes.

Assim, apesar do enorme benefício futuro que estas mudanças genéticas podem trazer, é necessário salientar que os riscos para o ser humano são graves logo no início dos testes. Já no início, Casabona (2007, p. 38) explica que as intervenções nos genes de células somáticas não influenciam na

descendência do indivíduo, pois não afetam as células reprodutivas, não se descartando, porém, a possibilidade de ocorrência de mutação genética, caso em que, há estudos neste sentido para se averiguar a possibilidade de se tratar doenças graves em pessoas ou até mesmo do nascituro ainda no ventre materno.

No caminho desta pesquisa, não se pode deixar de aludir ao estudo da chamada clonagem “terapêutica”, ou seja, um procedimento que não leva à reprodução, servindo apenas para investigação da ciência, caracterizando-se por serem formados de células somáticas, não servindo assim para reprodução, se fora do útero. Referida situação não era permitida, passando a ser admitida somente com a Lei 45/2003, de 21 de novembro, determinando uma maior proteção ao embrião in vitro e possibilitando a investigação desta área.

Forçoso convir que os embriões somente podem ser usados no seu excedente e desde que não seja possível o fim procriativo por parte dos pais ou casais com problemas férteis e que haja sua permissão. Além disso, é sabido, pelos debates existentes, que não é absoluta a proteção jurídica conferida ao embrião, por não ser considerado ainda uma pessoa tampouco uma coisa.

Apesar de ser garantida pelo ordenamento jurídico, como sujeita de direitos, este tipo de vida possui uma proteção um tanto quanto limitada, cabendo se demonstrar o alcance deste limite. Reportagens demonstram que o Tribunal Constitucional espanhol sentenciou (sentença número 53/1985 e 212/1996) no sentido de que a vida pré-natal se inclui nesta fronteira devido à sua grande circunjunção do nascimento e do nascituro.

Nesta linha de raciocínio, Casabona (2007, p. 44) explica ainda no seguinte sentido:

O que importa é que esses embriões tenham ido criados com fins reprodutivos, mesmo que, por alguma circunstância, esse objetivo não possa ser alcançado. Diante da proibição do congelamento, visando evitar que se originem embriões supranumerários ou excedentes, impõe-se aqui, a premissa anteriormente assinalada de que o embrião in vitro deve ser objeto de proteção, embora possa ser limitada.

Dessa forma, raciocinar no sentido de que embriões congelados poderão ser descongelados para investigação quando não servirem ao fim de procriação, traz o resultado positivo de se considerar acertada a decisão de se estudar esta questão no campo medicinal pelo fato de se poder investigar as células tronco de embriões e de adultos a fim de tratar doenças graves hoje consideradas incuráveis.

O autor traz a importante reflexão sobre como proceder com os embriões de casais que decidiram os implantar futuramente e ter deixado transcorrer o prazo para este uso, sendo então o caso de os doarem a um fim reprodutivo, ainda que seja a única alternativa, situação dificilmente aceita por aqueles que desejam dar continuidade à sua linha descendente, se for o caso, então Casabona (2007, p. 46) destaca:

Assim, todos os embriões, sem exceção, acabariam com o fim de reprodução, mesmo que não descongelador, cabendo, por fim, se perquirir: o que seria feito com o que sobrasse dos embriões? Juridicamente não haveria novos embriões para investigações?

Vale lembrar que do ponto de vista moral e ético, constata-se a moralidade de se usar embriões velhos para pesquisas e se proteger os novos, que se enquadrarão numa redoma de proteção jurídica praticamente impossível de ser desfeita. Assim, o Direito, num eventual conflito de interesses cederia proteção à vida ou saúde daquele cidadão que estivesse sendo tratado, uma vez que, como já explanado mais acima, existem exceções à proteção do embrião in vitro. Nas sábias palavras de Casabona, (2007, p. 47):

Sobre essa particularidade, deve-se ter presente tanto o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina (art. 18) e sentenças do TC 212/1996 e 116/1999. Nem aquele, nem essas se opõem explicitamente ao fato de que em nosso ordenamento jurídico possa ser aprovada, no futuro, a criação de embriões in vitro com o objetivo de utilizar suas células para o tratamento direto de determinadas pessoas.

É importante ressaltar, no tocante ao que diz respeito às principais garantias de vida do ser humano, que estas devem ser fielmente seguidas por todos, por ser um preceito básico do respeito à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Bobbio (1992, p. 21), os direitos e liberdades hoje fundamentais são internacionalmente identificados e aceitos pelo fato de que suas justificativas são universais.

Por tudo o que foi exposto, o último capítulo cuidará de demonstrar a possibilidade de se antever uma possível e eventual doença no futuro e a consequência desta ação. Os pais se sentem seguros e preparados ao saber que o filho terá uma enfermidade ao nascer e que podem tomar decisões a esse respeito, todavia, até que ponto isso afetará o desenvolvimento, a dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade e escolha deste nascituro quando vier a entender o que lhe aconteceu? O ordenamento jurídico conseguirá acompanhar as mudanças que a biotecnologia tem sofrido a fim de resguardar o direito e os limites deste indivíduo?

4 O PATRIMÔNIO GENÉTICO PROTEGIDO PELO DIREITO PENAL

Com os novos adventos e avanços da Biotecnologia, os indivíduos tem buscado cada vez mais adaptar a vida humana e suas características a seu bel prazer, fazendo-se necessário um estudo aprimorado das consequências destes estudos. Isso porque, com a modernização existente hoje, é possível até mesmo escolher o sexo do futuro filho, situação essa que atíça o ser humano.

Ao se falar então em proteção do patrimônio genético, é de suma importância trazer à baila o seu conceito, explanado por Habermas (2010, p. 24):

O diagnóstico de pré-implantação torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição dos pais que querem evitar o risco de uma transmissão de doenças hereditárias.



Assim, caso realmente seja confirmada a referida e eventual doença, o embrião sequer é implantado no útero daquela mãe. Isso se dá com o objetivo de que não seja necessária uma interrupção da gravidez, caso ela realmente venha a ocorrer.

Com o intuito de demonstrar a dimensão que estas pesquisas têm tomado, Habermas (2010, p. 24) explana sobre a possibilidade de que, na Alemanha, a chance de um processo para a cura se sobressaia sobre a vida do embrião, que ainda se encontra em estágio primário.

É importante, no entanto, deixar claro que esse diagnóstico poderá ser considerado aceitável, no que toca ao mundo jurídico, e admitido, quando se fala de moralidade, somente nos casos em que ele seja aplicado em virtude de doenças hereditárias extremamente graves a ponto de que a própria pessoa, ao crescer, não consiga conviver com aquela enfermidade. Assim, somente após um positivo desenvolvimento deste primeiro momento é que seria possível se desenvolver o estudo em células somáticas para evitar referidas doenças.

Neste sentido, Habermas (2010, p. 27) ainda destaca a necessidade de se impor limites que devem advir deste estudo:

Por razões conceituais e práticas, esse limite entre as duas é flutuante e, portanto, a intenção de conter as intervenções genéticas que beiram esse limite do aperfeiçoamento genético de características nos confronta com um desafio paradoxal: justamente nas dimensões em que os limites são pouco definidos, precisamos traçar e impor fronteiras precisas.

É necessário deixar claro a dificuldade que há nos dias de hoje para se respeitar as fronteiras que existem entre selecionar e potencializar fatores hereditários aspiráveis. Assim, quase não é mais possível definir a diferença entre evitar que uma criança potencialmente doente venha a nascer e aprimorar os defeitos e características genéticas provenientes dela. Neste sentido, Habermas explica (2010, p. 30):

Com isso, o problema conceitual proposto pela delimitação entre prevenção e eugenia transforma-se numa questão de legislação política. Quando se considera

que os outsiders da medicina já estão trabalhando em clones reprodutores de organismos humanos, impõe-se a perspectiva de que em pouco tempo a espécie humana talvez possa controlar ela mesma sua evolução biológica.

A importante questão a ser discutida aqui, no entanto, não é a interrupção de uma gravidez, por exemplo, mas sim o direito de que o indivíduo tenha um patrimônio genético que não tenha sido manipulado. Existem casos em que o cidadão, depois de uma certa idade, apto a definir suas escolhas, preferiria não ter tido sua herança de genes modificada, por não se sentir confortável com as novas características, a exemplo.

Nesta linha de raciocínio, Pereira e Sá (2007, p. 133) traz à realidade a manipulação do genoma para se criar a possibilidade de que os pais possam escolher o sexo dos seus descendentes. O Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina em seu art. 13 traz que as manobras genéticas realizadas somente podem ter o condão de prevenir, diagnosticar ou realizar terapias ou algum outro método que não tenha por finalidade modificar a descendências daqueles genitores.

Salvo nos casos em que o sexo especificamente trouxer grave enfermidade, o art. 14 do Convênio veda a possibilidade de escolha do sexo do embrião. No mesmo sentido, o Projeto de Lei da Câmara nº 1.184/03, que hoje tramita no ordenamento jurídico brasileiro, em seu art. 15 traz a mesma vedação em relação à escolha do sexo.

Esta discussão é travada visto que, no atual Estado democrático em que vivemos, seria inconcebível se pensar na escolha do sexo do descendente, já que isso violaria a construção pessoal de cada indivíduo. Ainda que não concebido, o indivíduo poderia futuramente não se adequar à escolha dos pais por aquele sexo específico, como dito anteriormente, ferindo-se a identidade pessoal daquele embrião.

Assim, se tornaria difícil, no pensamento de Habermas (2010, p. 32-33), se distinguir o que cresceu de forma natural e o que foi manipulado ao ponto de se dizer que foi “fabricado”. É válido ainda lembrar, que normas internacionais aceitam a escolha do sexo a fim de evitar doenças e, por analogia, aceitamos a beneficência desta norma. No entanto, é necessário se perquirir: como seria a situação se criassem normas que permitissem

escolher o sexo ou até mesmo as características dos filhos?

Como bem destaca Barreto (2009, p. 17):

As biotecnologias ao mesmo tempo em que abrem perspectivas de melhoria da vida humana, também podem trazer efeitos nefastos para a vida humana. Técnicas que tinham por objetivo principal a melhoria da saúde do homem produziram, no exercício da medicina e nas possibilidades que abriram para manipulações, uma gama de intervenções que em vez de serem curativas, tornaram-se fonte de patologias.

Por este motivo, é importante que a biotecnologia se desenvolva de modo a trazer uma maior e melhor expectativa de vida às pessoas. Para isso, no entanto, é extremamente importante a verificação das ações destas pesquisas para não ferir direitos do indivíduo como o de liberdade de escolha, da dignidade humana ou até mesmo ferir limites que futuramente possam causar desconforto no titular das modificações desta matéria viva.

É certo afirmar que o Direito, nas palavras de Beriain (2007, p. 87-88), nos permite sentir segurança em relação à consequência de determinados atos, caso assim o façamos. Por este motivo, necessário tomar cuidado com as omissões legislativas que trazem dúvidas, pois, apesar de se tornarem ações comuns na sociedade, o Direito não as regulou e é exatamente neste ponto a preocupação do referido estudo.

É unânime e uniforme os entendimentos neste sentido, conforme nos traz Giorgio (2009, p. 147):

[...] a mesma tensão entre rapidez das inovações tecnológicas e a lentidão da resposta parlamentar, fazem com que a responsabilidade primária das decisões sobre bioética venha a cair, muito frequentemente, sobre os juízes. Estes ficam, assim, investidos de uma importantíssima função de resolução de conflitos sociais (que, frequentemente, é uma obra de suplência das lacunas da política), a qual se traduz, necessariamente, em uma função de seleção de valores juridicamente relevantes.

Por esta razão, o grande impasse deste assunto é que, nas ciências que se referem à vida humana, essas proposições amplas devem se tornar específicas e precisas, não podendo haver espaço para lacunas na lei. Assim, Beriain (2007, p. 89) traz ser fatídico que haverá um espaço de tempo em que não se terá norma regulamentando tal conduta de pesquisa da vida humana, até que seja criada lei específica para tanto, a fim de auxiliar no ditame de como a norma será cumprida e proteger o trabalho do cientista.

É preciso lembrar que, conforme os ensinamentos de Giorgio (2009, p. 146) a genética e a biomedicina têm evoluído e com isso trago novas perspectivas e indagações a respeito deste processo. Isso porque a cada dia que se passa o corpo humano cuida de mostrar suas novas especificidades, tornando mais difícil as decisões a ele relacionadas.

É sabido, como ventilado acima, que o Direito leva um certo tempo para legislar sobre determinadas matérias que são inéditas no mundo jurídico. O importante é que haja a legislação correta para proteger aquele determinado direito, sendo, no entanto, preciso se perquirir também se o Direito conseguirá acompanhar os avanços tecnológicos que crescem incessantemente.

O Direito não delimita a grande maioria de seus objetos sobre os quais as leis se debruçam, precisando do auxílio de outras áreas para tanto. Assim, por ser extremamente difícil para o operador do Direito entender os termos no que toca às ciências da vida, o Biodireito é o ramo da ciência que mais precisa de interdisciplinaridade.

Beriain traz em seus ensinamentos (2007, p. 94) que o Biodireito se encontra instável e a beira de um colapso, no tocante à sua eficácia jurídica tanto normativa quanto sociológica. Referente à primeira, quando se fala nas normas que o Direito cria para conter os avanços da tecnologia, rara e dificilmente elas são aplicadas efetivamente. Um dos motivos para tanto, é que a biotecnologia avança de forma tão rápida que, antes mesmo daquela norma entrar em vigor, já houve outro desenvolvimento da ciência e aquela lei se tornou ultrapassada ou mesmo porque é difícil acompanhar o trabalho do cientista em seu laboratório particular. Já no tocante à eficácia jurídica sociológica, de acordo com Beriain a saída acaba sendo a paridade com a legislação de outros países que possuem normatizações mais amplas. Neste sentido, o autor destaca ainda:



É evidente que esse complexo mecanismo supõe uma séria limitação para o jurista, que é privado de boa parte de sua autonomia ao elaborar as normas. De fato, acaba por ficar em uma situação pouco invejável: ou segue a corrente liberal que conduz à situação política atual, assegurando a eficácia das normas, sob pena de perder a capacidade de regular a sociedade no sentido em que desejaria regulá-la, ou adota as medidas que crê oportunas, aceitando o risco de que careçam de alguma eficácia, ao menos no segundo dos sentidos aqui descritos. (BERIAIN, 2007, p. 96)

Assim, Giorgio (2009, p. 148) é claro em mostrar que será de extrema importância que a doutrina direcione seu desempenho para prevenir os possíveis problemas que serão criados neste sentido do desenvolvimento da Biotecnologia. Desta forma, Poderão ser geradas um extenso leque de conclusões alternadas para o conflito, a fim de que possa servir de norte para os magistrados na resolução dessas problemáticas.

Dessa forma, é de suma importância destacar que o Biodireito se alterna entre dois pontos, a saber: o fato de que a ciência está em constante evolução e é necessária a aceitação de que se deve fazer tudo o que se puder para dar a máxima do seu desenvolvimento; e a questão de que, mesmo que essa maximização de efeitos seja necessária, o Direito deve proteger aquelas ações que tragam riscos ao indivíduo.

Beriain (2007, p. 97) destaca ainda a periculosidade que esta questão nos apresenta:

Pensemos, por exemplo, que o Direito permita o desenvolvimento de qualquer possibilidade científica. Não estaria abdicando de sua tarefa essencial de pôr limites à condutas possíveis em nome das socialmente desejáveis? Que função o Direito teria, nesse caso, senão a de facilitar todo tipo de conduta, sem estabelecer uma mínima discriminação entre elas?

É válido lembrar que toda experiência científica se utiliza do seu humano para tanto. Assim, não seria possível proibir todas as pesquisas, devendo haver um mínimo de senso para que se possa realizar experimentos e ter leis que protejam os limites destas ações.

O Biodireito deve buscar atender à pluralidade da sua sociedade, não maximizando as condutas, mas

também não as diminuindo drasticamente. Desta maneira, buscar interagir as soluções com as várias disciplinas existentes sobre as ciências da vida humana talvez auxiliaria na construção destes limites. Além do mais, somente o jurista que conhece as várias áreas do saber será capaz de criar normas que não se afastem muito da realidade vivida.

Neste sentido, é sábio ressaltar que quanto mais conexão o Direito e as ciências da vida tiverem mais benefícios serão tragos para ambas as disciplinas. Isso porque um verdadeiro e competente cientista somente assim o é a partir do momento em que ele realiza suas pesquisas e se importa em saber se ele as está realizando dentro da legalidade, sem infringir nenhuma norma ou lei. Ao mesmo passo, o Direito permite o avanço da tecnologia de uma forma segura e protetora dos direitos fundamentais do indivíduo.

Ao se falar então da conexão necessária entre Direito e ciência, não se pode deixar de demonstrar o que destaca Byk (1993, p. 407):

A ciência e o Direito, mesmo que tenham sua própria autonomia, pertencem ao mesmo mundo. Nesse mundo, nenhum dos dois poderia dominar o outro. Ambos são necessários para organizar e, inclusive, para promover a nossa vida diária. [...] O Direito não pretende frear o desenvolvimento das ciências e acreditamos que a ciência não transformará o mundo em um imenso laboratório. O problema consistirá, então, em encontrar uma via para que a ciência e o Direito possam operar juntos.

Beriain (2007, p. 103) traz que o legislador precisará ser meticuloso e se empenhar para criar normas em que o Direito apenas intervirá quando extrema e realmente necessário. Para isso, as leis deverão ser adaptáveis ao ponto de possuírem diversas interpretações com o fito de se adequar a cada realidade social em específico e ao mesmo tempo não as tornar fracas no tocante à sua interioridade. Essa não é uma tarefa fácil e será menos difícil se os juízes forem autorizados a julgar com mais abertura às especificidades de cada caso, observando os valores de cada região, é claro.

Apesar de os cientistas poderem oferecer informações e as juntas de ética possibilitarem

normas que a sociedade aceita, a proteção que necessitamos somente o Direito pode oferecer. Exatamente com esse intuito, deve-se usar tudo o que estiver ao alcance dos juristas para que se possa criar um sistema jurídico eficaz neste campo com normas que realmente protejam os avanços da biotecnologia, sem ter, necessariamente, que conter os avanços de um futuro melhor com as descobertas da ciência.

Depois de tudo o que foi exposto, imperioso destacar sobre as referências existentes no ordenamento jurídico que trate sobre a manipulação genética. Em meados de 1990, iniciou-se um projeto para tratar a regulamentação das técnicas para se experimentar a reprodução assistida e, após algumas mudanças, adaptações e substituições ele se tornou o Projeto de Lei da Câmara nº 1.184/03.

Além deste projeto, tem-se hoje no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 8.974/95 e a nova Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105/05). A primeira regulamenta os limites na utilização da engenharia genética, de forma a assegurar a qualidade de vida esperada e trazida pela nossa Carta Magna. Dentre estas limitações, citadas no art. 8º da lei, tem-se a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano *in vitro*.

A nova Lei de Biossegurança, no entanto, trouxe novas perspectivas dentro de seus 42 artigos, com maior ênfase em seu art. 5º, por possuir maior discussão, sendo necessário se ressaltar alguns pontos. Primeiramente, Pereira e Sá (2007, p. 126) explica que há um desencontro na legislação, pois esta norma abre possibilidade para a permissão de embriões congelados, sendo estes portanto aqueles excedentes. A contrário sensu, o Projeto de Lei nº 1.184/03 somente permite que o experimento se limite a dois embriões.

Um segundo ponto ainda trago pelo autor é o termo “inviáveis” usado no inciso I, cabendo ampla interpretação e difícil delimitação de qual embrião realmente é inviável. Já num terceiro momento, o legislador não deixa claro seus motivos de escolha para que seja de 3 anos o prazo para que o embrião possa permanecer congelado, abrindo então espaço para uma ampla discussão.

Por fim, o parágrafo 1º do artigo permite total disposição do embrião, tanto no que toca à morte

quanto no que toca à vida. Neste sentido, Habermas (2010, p. 98-99) é claro ao expor:

[...] O olhar para um futuro possível da natureza humana nos alerta sobre a necessidade de regulamentação que já se faz sentir nos dias de hoje. Barreiras normativas no trato com embriões produzem-se a partir da visão de uma comunidade moral de pessoas, que rejeita os percussores de uma auto instrumentalização da espécie para – digamos, na extensa preocupação ética da espécie consigo mesma – manter intacta sua forma de vida, estruturada na comunicação.

Forçoso convir que a tarefa de legislar sobre este assunto não pode e não deve pertencer somente ao Estado, sendo imprescindível a utilização do pluralismo da parte jurídica observando a participação da sociedade nesta construção, ideia essa que não foi respeitada quando da criação da nova Lei da Biossegurança.

A Lei traz ainda em seu capítulo VIII o disposto Dos Crimes e das Penas, trazendo os delitos aplicáveis aos casos e suas penas cominadas. Ainda que no âmbito criminal, é preciso se perguntar se somente o Direito Penal conseguiria conter a ganância dos grandes nomes que empreendem no ramo da biotecnologia.

Além destes institutos, existe também a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, caracterizada por regulamentar as normas éticas no tocante à reprodução assistida. Referida resolução se faz de extrema importância por se relacionar com o que foi ventilado um pouco mais acima, pois não são permitidas aplicar tais técnicas de engenharia genética na escolha do sexo ou de qualquer outra característica do futuro filho, salvo, é claro, no caso de doença relacionada ao sexo.

Ainda assim, discussões são feitas quanto aos aspectos da resolução. Uma delas é o fato de que os genitores possam dispor sobre o destino dos embriões, como se em relação a eles existisse um certo tipo de detenção. Num segundo momento, faz-se a distinção de pré-embrião para embrião utilizando-se o prazo de 14 (quatorze) dias para o desenvolvimento dele. Além disso, quando se fala em doação dos embriões que restarem, seria como se estivesse negociando algo que não é passível de

negociação e materializando a existências destes embriões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi estudado nesta pesquisa, conclui-se que o bem jurídico é algo digno de proteção e que, cada vez mais, o ordenamento tem cuidado de proteger esse instituto, seja primeiramente pelas áreas mais brandas do Direito, seja em última ratio pelo Direito Penal. Isso traz para o país a necessidade de criar normas para se fazer valer o amparo a esse direito.

Neste viés, forçoso lembrar que o desenvolvimento da tecnologia vem se expandindo e com isso a necessidade de que o sistema judiciário do país acompanhe essa transformação. Isso porque o progresso da ciência traz consigo um experimento que necessita utilizar-se de um determinado bem jurídico, no caso estudado trata-se da vida, trazendo a premência de uma norma ou lei que o resguarde.

A medicina tem avançado paulatinamente nos campos de pesquisa relacionadas ao material genético e, neste sentido, é necessário a criação de instrumentos que viabilize o amparo da vida humana e seus desmembramentos para que ela não seja instrumentalizada e para isso o processo de elaboração de legislações específicas é fatal. Dessa forma, a existência do ser humano estará protegida sem que seja necessário conter o avanço da ciência, ramo este que traz enormes benefícios para um futuro melhor e mais saudável, se tornando, portanto, extremamente indispensável.

Findando o raciocínio, imprescindível destacar que o Brasil tem criado legislações para proteger a utilização do patrimônio genético em pesquisas de forma que o bem da vida e sua hereditariedade sejam amparados durante a realização dos estudos e não fiquem à mercê do livre arbítrio de pesquisadores que não se importam com o desgaste destes bens. No entanto, ainda assim, as leis não têm suprido a enorme demanda de avanços que têm chegado a nós, visto que o progresso da biotecnologia é vertiginoso e tira a eficácia das normas sempre que progride, tornando-as sem efeito algum.

Por este motivo, forçoso convir que apesar dos preceitos existentes, o país hoje não é capaz de suprir o desenvolvimento que a ciência tem trago

para a sociedade. É preciso que, antes mesmo de se criarem leis específicas como as que hoje existem, o ordenamento jurídico traga na nossa Carta Magna, regimento basilar, e no Código Penal a ideia específica, básica e principal de que o material genético deve ser protegido em relação à modernização dos estudos científicos neste sentido de patrimônio da herança hereditária, situação esta que hoje não se encontra devida e singularmente normatizada no sistema judiciário basilar do Brasil, salvo pelas normas ventiladas no último capítulo deste estudo.

6 REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. Liberdade, e dignidade da pessoa. dois paradigmas opostos ou complementares da bioética? *In: Bioética e responsabilidade*. COSTA, Judith Martins; MOLLER, Letícia Ludwig. (orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73-93.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. *In: Bioética e responsabilidade*. COSTA, Judith Martins; MOLLER, Letícia Ludwig. (orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1-22.

BERIAIN, Inigo de Miguel. A biotecnologia é uma ameaça para o direito? *In: Desafios jurídicos da biotecnologia*. CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, María de Fátima de. (orgs). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 77-106.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª impressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BYK, C. **Lecciones del pasado**: proyectos para el futuro. El proyecto genoma humano y el contrato social: un enfoque de política jurídica. *In: Proyecto Genoma Humano: Ética*. Bilbao: Editado por el BBV, 1993, vol. 1, p. 407.

CASABONA, Carlos María Romeo. O desenvolvimento do direito diante das biotecnologias. *In: Desafios jurídicos da biotecnologia*. CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, María de Fátima Freire de. (orgs). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 29-64.



GIDDENS, Antony. **O mundo em descontrole.**
Tradução de Maria Luíza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana.**
A caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MORIN, Edgard. **A via para o futuro da humanidade.** Tradução de Edgard de Assis Carvalho; Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. *In: Bioética e responsabilidade.* COSTA, Judith Martins; MOLLER, Letícia Ludwig. (orgs). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145-204.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. *In: Desafios jurídicos da biotecnologia.* CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima de. (orgs). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 107-146.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2.ed. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.