



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PRIVADO**

**BIANCA DA SILVA ALVES**

**O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO PELO CRIME DE  
UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS  
HUMANAS (ARTIGO 24 DA LEI DE BIOSSEGURANÇA)**

Salvador  
2008

**BIANCA DA SILVA ALVES**

**O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO PELO CRIME DE  
UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS  
HUMANAS (ARTIGO 24 DA LEI DE BIOSSEGURANÇA)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia como  
requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em  
Direito.

Orientadora: Dra. Maria Auxiliadora Minahim

Salvador  
2008

## TERMO DE APROVAÇÃO

BIANCA DA SILVA ALVES

O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO PELO CRIME DE UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS (ARTIGO 24 DA LEI DE BIOSSEGURANÇA)

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim - Orientadora

---

Prof.:

---

Prof.:

Salvador, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008

Dedico este trabalho ao filho que ainda não tive, mas por quem luto, a cada dia, por um mundo melhor.

## AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer. Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus e a São Cosme e Damião, por guiarem meus passos nesta jornada terrena e estarem presentes em todos os momentos durante a confecção deste trabalho: os de alegria, de tristeza, de desânimo e de euforia. Agradeço a eles por todas as vitórias que alcancei na vida e por terem posto em meu caminho pessoas iluminadas, com as quais partilho, neste momento, a conclusão desta dissertação.

A minha orientadora e eterna professora, Dra. Maria Auxiliadora Minahim, por todo auxílio durante a elaboração deste trabalho e por ser, para mim, verdadeiro exemplo de sabedoria, humanidade, humildade, ética e vida.

A minha família, em especial, a meus pais, Sônia e Luís, meu irmão Alesson e minha avó Odete, pelo amor, pelo carinho, pela dedicação, pela abdicção, pelo apoio nos momentos de desânimo e pela compreensão nas minhas ausências. Ao meu saudoso avô José Antônio, por estar sempre ao meu lado, mesmo que não fisicamente.

A Tercio, meu grande amor, pelo companheirismo fiel e incondicional em todos os instantes de minha vida, principalmente na elaboração deste trabalho.

Aos amigos, em especial a Marcos, Rosana, Elayne e Deivid, os quais muito contribuíram nesta caminhada rumo ao grau de Mestre.

Aos meus alunos, com os quais aprendo um pouco mais a cada dia.

Para quem queira ver, há luz suficiente; para que não quer, há bastante obscuridade.

Blaise Pascal.

## RESUMO

Esta dissertação busca esclarecer qual é o interesse protegido pelo legislador quando incrimina a utilização ilegal de células-tronco embrionárias humanas no artigo 24 da Lei nº 11.105/2005, também conhecida como Lei de Biossegurança. Isto se deve ao fato de que, ao tempo em que incrimina a ação, o legislador o faz apenas sob certas condições: aquelas estabelecidas na própria Lei nº 11.105/2005. Aparentemente, tratar-se-ia de crime de mera desobediência, o que não é compatível com o Direito Penal liberal, próprio dos países democráticos, cujos tipos se estruturam em razão da proteção do bem jurídico. Cumpre, portanto, o bem jurídico várias funções no Direito Penal, realçando-se aquela de legitimar a própria proibição e intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. O trabalho faz uma retrospectiva histórica do Direito Penal e sua legitimação a partir da proteção ao bem jurídico, apresentando os diversos significados que a expressão já desempenhou para então evidenciar a importância que assume a interpretação do artigo 24 da Lei 11.105/2005 quanto a este aspecto. De outro lado, busca-se entender a natureza do embrião humano, propugnando por sua essência de humanidade, sendo, portanto, merecedor de tutela jurídica enquanto tal. Afirma-se, ainda, que a descaracterização da essência humana do embrião é um fenômeno lingüístico que busca atender a determinados interesses comprometidos com sua manipulação. Demonstra-se também que tal manipulação viola interesses da própria humanidade, na medida em que o ser humano é tratado como instrumento e não como fim em si mesmo. Sustenta-se, pois, que o delito de utilização ilegal de células-tronco embrionárias humanas tutela a vida do jovem embrião como bem jurídico-penal individual e, ainda, um aspecto da dignidade humana, a intangibilidade da humanidade enquanto espécie eticamente constituída, como bem jurídico-penal supra-individual.

**Palavras-chave:** Bem jurídico-penal; células-tronco; vida humana; embrião; intangibilidade da humanidade, biossegurança.

## ABSTRACT

This dissertation intends to clarify which are the interests protected by legislation when it incriminates the illegal use of human embryonic trunk-cells in article 24 of Law 11.105/2005, also known as Biosafety Law. This is due to the fact that, at the same time when it incriminates the action, it does it under certain conditions only: those established in Law 11.105/2005 itself. Apparently, it would be about crimes of mere disobedience, which is not compatible with a liberal Criminal Law, proper to democratic countries, whose types are structured based on the protection of the penal assets. Therefore, the penal assets fulfill some functions in the Criminal Law, especially the legitimization of prohibition and intervention of the State in the sphere of individual freedom. This paper makes a historical retrospect of the Criminal Law and its legitimization, starting from the protection of the penal assets, presents the diverse meanings that the expression has had, and shows the importance that the interpretation of article 24 of Law 11.105/2005 has regarding this aspect. On the other hand, it tries to understand the nature of the human embryo, advocating for its essence of humanity and, therefore, deserving legal tutelage as such. It affirms, yet, that the mischaracterization of the embryo's human essence is a linguistic phenomenon that attends determined interests connected to its manipulation. It is also demonstrated that such manipulation violates interests of humanity itself, when human beings are treated as instruments and not as an end in themselves. It is sustained, therefore, that the crime of illegal use of human embryonic trunk-cells is a tutelage of the life of young embryos as an individual penal asset and, also, one aspect of human dignity -the intangibility of humanity while an ethically constituted species as a penal asset above individuals.

**Key-words:** penal asset; stem-cells; human life; embryo; intangibility of humanity, Biosafety



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>BEM JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>15</b>
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	15
2.2	CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL.....	20
<b>3</b>	<b>AS EXPERIÊNCIAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A NATUREZA DO EMBRIÃO HUMANO .....</b>	<b>33</b>
3.1	AS CÉLULAS-TRONCO .....	34
3.2	OS EMBRIÕES HUMANOS .....	34
3.2.1	O embrião é um ser humano .....	46
<b>4</b>	<b>ASPECTOS ÉTICOS DO USO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES.....</b>	<b>53</b>
<b>5</b>	<b>A BIOTECNOLOGIA E O DIREITO PENAL .....</b>	<b>61</b>
5.1	LEI DE BIOSSEGURANÇA E BEM JURÍDICO-PENAL .....	68
<b>6</b>	<b>O CRIME DE UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS.....</b>	<b>70</b>
6.1	ASPECTOS GERAIS DO CRIME.....	70
6.2	O BEM JURÍDICO-PENAL .....	74
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>88</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>91</b>
	<b>ANEXOS .....</b>	<b>96</b>
	ANEXO A – LEI Nº 11.105/2005 .....	96
	ANEXO B – PETIÇÃO INICIAL DA ADI 3510.....	118

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o Direito surge como instrumento apto a assegurar os interesses mais elementares da vida em sociedade. Bens como a vida, a liberdade, a propriedade, o respeito aos mortos, ao trabalho são, há muito, tutelados pelo ordenamento jurídico, notadamente pelo Direito Penal. Além daqueles, a própria sociedade de massas, globalizada, obrigou ao Direito a tutela de outros bens impensados, até há algum tempo.

É o que se pode identificar, por exemplo, com os bens jurídicos tutelados nos crimes ambientais, ou mesmo nas questões ligadas à manipulação genética. De outro lado, na tentativa de autorizar determinadas condutas, e incriminar outras tantas, o Legislador, ou mesmo o intérprete, tem criado “falsos bens jurídicos” ou bens jurídicos pseudocoletivos, tudo com o fito de legitimar os seus anseios.

Nesse contexto, releva a função da linguagem, que possui um papel fundamental na comunicação humana. É através dela que os signos se tornam conhecidos e compreendidos.

Entretanto, também é através da linguagem que muitos discursos podem ser manipulados a favor de determinados interesses.

O Direito, como fenômeno cultural que é, somente pode ser compreendido através da linguagem que utiliza. No mundo do conhecimento, o Direito revela-se como exteriorização da mente humana<sup>1</sup> e é através da linguagem que esta revelação acontece.

Em função da sua própria natureza, o fenômeno jurídico necessita de uma análise interdisciplinar para ser aclarado, em que não se podem dispensar as investigações de outras ciências, como a Sociologia Jurídica, a Antropologia Jurídica, a Psicologia. A ciência do Direito não é auto-suficiente<sup>2</sup>.

A linguagem, também no Direito, é ambígua, já que uma palavra pode ter diferentes significados, múltiplos sentidos. É igualmente vaga, uma vez que determinados fatos ou objetos não possuem acepção precisa, determinada. A linguagem jurídica é, pois, indeterminada<sup>3</sup>.

No caso dos discursos jurídicos, não se pode olvidar que essa indeterminação da linguagem pode ter papel fundamental no controle das massas e na imposição velada de

---

<sup>1</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*, Porto Alegre: Editor Sérgio Antonio Fabris, 1993.

<sup>2</sup> Id., *idib*

<sup>3</sup> FELIPPE, Marcio Sotelo. Linguagem e tipicidade, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 105-109, out./dez.1993.

opiniões e interesses. Um dos maiores exemplos da forma como a manipulação da linguagem tem gerado equivocados conceitos é o caso dos embriões.

De fato, poucos detêm conhecimento mais profundo acerca da matéria, que foge ao âmbito do Direito. A grande parte da população “compra” o discurso que foi transmitido. Este discurso, em verdade, encontra-se recheado de omissões, de metáforas, de manipulação, no intuito de prevalecer os interesses daqueles que defendem a utilização indiscriminada dos embriões nas pesquisas e terapias genéticas.

Nessa composição, contudo, o intérprete tem alterado o significado do objeto – do próprio embrião, portanto – para adequar os seus interesses e legitimar a utilização das células-tronco retiradas dos embriões para pesquisas e terapia.

Ocorre que, seja no exercício da atividade legislativa, seja na condição de intérprete, não se podem perder de vista os valores expressamente determinados na Carta Constitucional e aqueles residentes no restante do próprio sistema.

Consoante será visto, o Texto Constitucional não condiciona a proteção da vida tal qual se pretende, e o próprio Direito Penal tutela a vida do nascituro, há muito, tal qual tipificado no crime de aborto.

Assim, deverá ser evidenciada a manipulação discursiva a que se tem sujeitado a questão da tipificação do crime previsto no artigo 24 da Lei de Biosegurança, e, como resultado desta análise, apresentada uma proposta para a correta interpretação do aludido dispositivo a partir do bem jurídico tutelado, elemento que confere validade para o Direito Penal no Estado de Direito Democrático e Social.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva perquirir qual o interesse tutelado pelo legislador ao incriminar a utilização ilegal de células-tronco embrionárias, figura típica contida no artigo 24 da Lei de Biossegurança.

Como objetivos específicos, buscam-se: averiguar a necessidade de reformulação do conceito de bem jurídico-penal diante das novas preocupações trazidas pelos avanços no campo da biotecnologia; analisar o papel desempenhado pela noção de bem jurídico na democracia constitucional pós-moderna; estudar os desafios enfrentados pelo Direito Penal da sociedade do risco; perquirir a natureza do embrião humano; averiguar o conceito de células-tronco e as experiências científicas realizadas com estas; estudar os aspectos éticos relativos ao uso da vida pré-pessoal em pesquisas e terapia celular; analisar a conduta típica, os aspectos gerais e o objeto de proteção do delito inculcado no artigo 24 da Lei de Biossegurança; e estudar como a linguagem tem servido para manipulação do discurso em torno da figura do embrião humano, no intuito de legitimar a sua utilização em pesquisas e terapia celular.

O trabalho se encontra estruturado, basicamente, em seis capítulos. O primeiro capítulo se dedica ao tratamento do bem jurídico, sua compreensão e importância dentro do Direito Penal contemporâneo, sobretudo diante das novas exigências da sociedade do risco.

O segundo capítulo se destina a demonstrar os aspectos científicos e biológicos que circundam a figura típica. Para tanto, analisam-se inicialmente o conceito e as fontes de obtenção de células-tronco, assim como as experiências realizadas no campo da medicina regenerativa.

Posteriormente, intenta-se estabelecer a natureza do embrião humano, pugnando-se pelo reconhecimento da sua condição de ser humano, questão essencial para a descoberta do bem jurídico penalmente tutelado com a incriminação do artigo 24 da Lei de Biossegurança.

O terceiro capítulo trata das questões éticas atinentes à destruição e à reificação da vida pré-pessoal em prol de pesquisas e terapia celular.

O quarto capítulo traz à baila os problemas enfrentados pelo Direito Penal em razão dos avanços biotecnológicos, a partir dos quais bens jurídicos tradicionais passaram a ser afetados por condutas diferentes e novos interesses passaram a requisitar a proteção penal.

No quinto capítulo, analisa-se o delito de utilização ilegal de células-tronco embrionárias humanas, tanto no que tange à conduta proibida pelo legislador, quanto aos valores por ele tutelados, dentro de uma perspectiva constitucional.

Ressalta-se também que a discussão ora empreendida possui relevância para a sociedade em geral, a qual está sendo diretamente afetada pelos avanços biotecnológicos e as promessas de longevidade e qualidade de vida.

Igualmente, o estudo do tema se mostra indispensável para o Direito, cuja atuação será necessária na solução dos conflitos que irão surgir no seio social. No campo do Direito Penal, é indispensável o conhecimento dos valores que são resguardados com a criação das figuras típicas relacionadas à Biossegurança, notadamente do crime do artigo 24 da referida Lei.

Além da relevância social e jurídica, pode-se dizer que o tema foi escolhido em virtude da sua singularidade, da capacidade de se adequarem aspectos penais e bioéticos, da motivação despertada por um assunto com perspectivas inovadoras, capaz de proporcionar tamanha alteração na convivência entre as pessoas e na história do Direito Penal e da Biotecnologia.

Destaca-se ainda a viabilidade do assunto como objeto de pesquisa, tendo em vista que a sua peculiaridade é garantia de constante interesse e entusiasmo no aprofundamento do tema, o estudo exigiu apenas a leitura e a consulta das fontes pertinentes, além de que os

progressos tecnológicos na área certamente impediram que, ao final do trabalho, o assunto abordado tenha se tornado obsoleto.

Consoante a maioria dos projetos desenvolvidos no campo jurídico, a pesquisa realizada foi essencialmente bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos e materiais já elaborados acerca do tema em questão, nacional e internacionalmente, não apenas na área do Direito, mas também em Filosofia e Ciências Biológicas. Tal material foi obtido mediante visita a bibliotecas e livrarias, assim como por meio dos recursos disponibilizados pela Internet.

Também foi desenvolvida pesquisa documental, com acesso à legislação relacionada ao tema, mormente a Constituição Federal, a Lei de Biossegurança, a documentos internacionais como a Declaração Universal sobre Genoma e Direitos Humanos e a Declaração Ibero-Americana – Declaração de Manzanillo, assim como reportagens de jornal, relatórios de pesquisa, documentos oficiais, entre outros.

Recorreu-se ainda a elementos empíricos, tal como a ADIN nº 3510, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

O método utilizado para a análise dos dados consistiu no método dedutivo, ou seja, partindo-se de princípios gerais e chegando-se à particularidade como produto posterior do trabalho de coleta dos dados gerais.

## 2 BEM JURÍDICO-PENAL

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Direito Penal vem-se empenhando em solucionar problemas que lhe são tradicionalmente estranhos, trazidos, muitos deles, pelos avanços biotecnológicos, e que põem em xeque seus institutos tradicionais, demandando inclusive a criação de novos bens jurídicos. Conseqüentemente, há uma elaboração intensa e constante de tipos penais que tutelam novos interesses e valores cuja densidade e legitimidade são questionáveis.

De outro lado, há tipos penais diante dos quais é difícil compreender qual é o interesse protegido pelo legislador, quando feita uma análise sistêmica do ordenamento. Isto ocorre muito especialmente com os crimes de manipulação genética, maus-tratos em animais e de pesquisa com células-tronco, objeto do presente trabalho.

A questão do bem jurídico, no entanto, é essencial para legitimar a proibição da conduta, vez que ele, no direito penal democrático, permite a fixação da proporcionalidade da pena com o valor ou interesse lesado, entre outras funções garantísticas.

No entanto, foi longa a trajetória do Direito Penal até a sua consolidação enquanto ciência autônoma e, principalmente, até a sua legitimação com a finalidade de proteção ao bem jurídico-penal.

A humanidade atravessou, até a atualidade, várias etapas de desenvolvimento no que tange ao Direito Penal, sendo certo que tais fases não ocorreram de forma separada ou estanque para todos os povos, mas se interpenetraram. Cada povo viveu a sua própria história do Direito Penal, sendo comum, na mesma época, territórios vizinhos vivenciarem estágios evolutivos distintos. Os fundamentos da punição também variaram ao longo do tempo até alcançarem a configuração atual. As razões para a reação individual ou pública à agressão punição também foram diversas, ora se sancionava em nome do rei, ora em nome da religião, ora, ainda, para resguardar um interesse subjetivo.

Ressalte-se que não existem provas concretas e absolutas de que o desenvolvimento do homem em sociedade e do Direito Penal se delineou exatamente da forma como os autores retratam, sobretudo nos tempos primitivos.

Existem indícios desse processo, tais como os corpos de homens e mulheres encontrados nas regiões pantanosas de Holstein e Sheleswing, que, segundo as evidências, foram enterrados vivos.

A partir de tais fatos, Radbruch descreve como uma das penas primitivas entre os germânicos o sepultamento em vida e conclui que esta era frequentemente aplicada<sup>4</sup>. Tais penas se justificam em razão de que, segundo Aníbal Bruno<sup>5</sup>, a necessidade de “fazer-se respeitar e temer” presidia a vingança entre os germânicos.

Em seus primórdios, o homem não possuía organização estatal, mas vivia em grupos regidos por normas de comportamento social, as quais visavam à manutenção da paz.

A Moral, o Direito e a Religião aparecem como corpos indiferenciados, apoiados na consciência coletiva, na religião e na magia. A ocorrência de um fato considerado um crime, segundo Aníbal Bruno<sup>6</sup>, era rara, haja vista as poucas exigências de vida da época e o forte sentimento de união. As normas eram simples, mas recheadas de simbolismo, de fundo mágico ou religioso.

O delito não era visto como uma ofensa ao bem jurídico, mas como uma transgressão, como uma ofensa à divindade. As manifestações da natureza (trovão, chuva, tempestade) eram tidas como a ira dos deuses, enquanto as penas aplicadas, restritas à humilhação do infrator ou ao banimento, consistiam em uma forma de acalmar a mesma divindade, sem qualquer idéia de prevenção.

A pena servia para destruir simbolicamente o delito e libertar o clã da impureza trazida por este. A necessidade de purificação do clã impunha que qualquer um fosse responsabilizado pela transgressão, ainda que não a houvesse praticado. A responsabilidade era atribuída, assim, a quem fosse apontado pela vítima, por seus parentes ou por processo de natureza mágica<sup>7</sup>. Se se buscar um fundamento para a reação penal, este será encontrado nas crenças e temores da humanidade diante da possível reação dos deuses através de fenômenos da natureza, o que satisfazia ao pensamento da época.

O crime era compreendido, portanto, mais como uma violação à consciência social, às normas indiferenciadas que mantinham um grupo unido.

O regaste da história serve para mostrar que o Direito Penal se foi legitimando enquanto ciência à medida que a coerção pôde ser validada em razão de uma função que ela

---

<sup>4</sup> Apud BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 12-13.

<sup>5</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.1, p.83.

<sup>6</sup> Id., *ibid.*, p.67-70.

<sup>7</sup> Id., *ibid.*

desempenhava para o grupo. A noção que viria conferir muito mais tarde tal validade seria a de bem jurídico.

Antes, porém, o Direito Penal funcionou basicamente como uma reação emocional e instintiva às agressões individuais ou coletivas e, portanto, sem critérios razoáveis de definição da conduta criminosa e da sanção penal a ela correspondente.

Em uma próxima etapa, fala-se em vingança como fruto do desdobramento do grupo em unidades secundárias e do aumento da complexidade da vida e das normas de conduta, sobretudo com o início dos vínculos de sangue.

A união do grupo ainda era intensa, tanto que a ofensa era considerada afronta ao grupo e não ao indivíduo. A resposta ao crime, assim, era uma reação social. Aliás, a vingança representava guerra, era um direito do grupo ofendido e se voltava contra o grupo ao qual pertencia o ofensor<sup>8</sup>.

Essa vingança de sangue de tribo a tribo foi responsável pela eliminação de muitos povos, dada a desproporcionalidade entre a ofensa praticada e a respectiva reprimenda. Com isso, surgem o talião e a composição, que representam um avanço na história da pena.

O talião, pela fórmula olho por olho, dente por dente, pretendeu ser a proporcionalidade perfeita, em que a reprimenda era na medida exata da ofensa praticada. Era o talião um limite à reação do grupo agredido.

Contudo, o talião consistia em grande violação à integridade física, incapacitando-o para a vida em liberdade. Daí, pode-se perceber que a proporcionalidade não se podia satisfazer com requisitos puramente quantitativos como estes.

O avanço da vida política fez nascer a composição em que a paz era comprada com o chamado preço de sangue<sup>9</sup> pago ao grupo ofendido pelo ofensor. Este pacto de paz, conquanto evitasse a eliminação da tribo, favorecia os que possuíam recursos para pagar a liberdade e evitar a incidência do talião.

Como se vê, conquanto o talião e a composição tenham sido festejados, não foi solucionada a desproporcionalidade existente, que alcançou novos contornos na atualidade<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, op. cit.

<sup>9</sup> Id., *ibid.*, p.73.

<sup>10</sup> Assim é que se verificam, na contemporaneidade, situações violadoras do princípio da proporcionalidade. Na elaboração de tipos penais, os crimes contra a relação de consumo descritos nos artigos 66 (“Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”), 67 (“Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”), 69 (“Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”), todos do Código de Defesa do Consumidor, são alguns exemplos clássicos de afronta ao aludido princípio porquanto a conduta praticada está longe de causar um perigo ou uma lesão ao bem jurídico. Aliás, considerar relação de consumo como bem jurídico-penal ofende não só o princípio da proporcionalidade, mas também o da intervenção mínima, da fragmentariedade e da



Na terceira fase<sup>11</sup> da evolução histórica, o crime representa a transgressão da ordem jurídica determinada pelo poder do Estado e a pena consiste na reação do Estado em face da vontade individual que se lhe contrapõe.

Nasce a responsabilidade penal individual e se consolida a força do Estado e a sua intervenção na vida do cidadão. *Mutatis mutandis*, a percepção de crime nessa fase se assemelha à de Jakobs<sup>12</sup>, de que a sanção penal representa o Estado reagindo ante uma infração da norma, demonstrando a necessidade de que todos devem obedecer à norma infringida.

Isto não significa que os interesses do Estado fossem destacados dos interesses dos príncipes, da religião, ou que houvesse critérios justos para a reação penal. Até mesmo as penas não deixaram de ser cruéis, como ainda hoje se vê em muitos países o açoitamento, a pena de morte, etc.

A evolução, em verdade, consiste na titularidade do *jus puniendi*, o qual passa a ser exercido pelo Estado como centralizador da reação penal.

Portanto, no curso histórico, pode-se falar em três concepções de crime e pena: (i) bárbara – os delitos são divididos em públicos (penas corporais cruéis) e privados (em que o *jus puniendi* pertence à vítima ou à família); (ii) teocrática – o delito é sempre um atentado à ordem religiosa; e finalmente (iii) política – o delito é visto como uma ofensa à ordem social e a pena como um meio de prevenir e reparar tal ofensa.

No século XVIII, surge o movimento iluminista como uma reação humanitária, reformadora, com uma profusão de idéias filosóficas e culturais que representam grande mudança na estrutura social e de poder até então vigente e importante passo para a construção do Direito Penal Moderno.

Na filosofia penal iluminista, a punição não se vinculava mais a questões éticas e religiosas, mas sim à violação do contrato social. Como advertia Beccaria<sup>13</sup>, o contrato social, pregado por Jean-Jacques Rousseau, era o fundamento do direito de punir, uma vez que os

---

subsidiariedade, além de evidenciar que a noção de bem jurídico não constitui a suprema garantia do cidadão, porquanto vem sendo deturpada pelo Estado com a proteção de falsos bens jurídicos e a inversão da ordem: primeiro o Estado cria o delito e somente depois persegue a legitimação social daquele valor ou interesse tutelado. Por outro lado, ainda existem os casos da desproporcionalidade da pena, tais como imaginar que a lesão corporal de natureza grave (artigo 129 do Código Penal – pena de reclusão de 1 a 5 anos) tem uma pena mínima inferior que o crime de utilização, comercialização, registro, patenteamento e licença de tecnologias genéticas de restrição do uso (artigo 28 da Lei de Biossegurança – pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa).

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1, p. 66.

<sup>12</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. p. 18-19.

homens cediam parte de suas liberdades ao Estado em troca de segurança e de organização social.

A pena tinha como fim a prevenção e não poderia ser arbitrária, ou seja, ultrapassar a pequena parcela de liberdade cedida pelo cidadão e atingir a sua vida, integridade e dignidade. Buscava, assim, apresentar critério que superasse a crueldade das penas e oferecesse um limite jurídico para sua aplicação.

A discricionariedade dos magistrados, que culminava na tutela de interesses individuais mediante a aplicação de penas graves, fez surgir, em Beccaria, a idéia de que o tipo penal deveria ser previamente definido em lei, à qual deveria vincular-se o órgão sancionador. Tal idéia consistiu na semente do princípio da legalidade, que veio a ser consolidado posteriormente por Feuerbach<sup>14</sup>.

Após tantos séculos de arbitrariedade com o Estado Absolutista, o movimento iluminista desperta a necessidade de construção de um conceito material para o delito<sup>15</sup>. A reação penal é racionalizada na medida em que o Direito Penal busca fundamentos políticos e morais para a limitação do direito de punir.

Dessa forma, a estruturação do tipo penal passou a ser feita tendo como núcleo fundamental o objeto da proteção, que era o centro sobre o qual deveria ser construído o conceito jurídico de crime.

No entendimento de Feuerbach<sup>16</sup>, o conceito de delito deveria ser, então, construído com base no direito subjetivo, que seria o mecanismo mais eficaz para garantir a proteção do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal.

Em verdade, o conceito civil de direito subjetivo fora importado para o Direito Penal<sup>17</sup>, estruturado na época no contrato social como instrumento para a proteção de interesses de cunho individualista.

Vale ressaltar ainda que Feuerbach partia da idéia de um direito natural preexistente do qual surgia o direito positivo violado pelo delito. Assim, o direito subjetivo protegido tinha que encontrar consonância com o direito já estabelecido pelo direito natural<sup>18</sup>.

Em que pese a perspectiva garantista da doutrina jurídica privatista de Feuerbach, com a consolidação do princípio da legalidade, em que o poder do Estado fora limitado pela

---

<sup>14</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, op. cit..

<sup>15</sup> COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 33.

<sup>16</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 90-95.

<sup>17</sup> COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 37.

<sup>18</sup> Id., *ibid*.

concepção de delito relacionada à violação a um direito subjetivo, as garantias do indivíduo não eram julgadas suficientes.

Voltada para a tutela de direitos individuais, a concepção de delito de Feuerbach olvida a existência de valores constitucionais relevantes de cunho difuso e coletivo, os quais também devem ser objeto de proteção penal. Ademais, não foram instituídos critérios de legitimação capazes de servir de base para a escolha dos direitos subjetivos a serem tutelados<sup>19</sup>.

A noção de bem jurídico surge como uma evolução da teoria do direito subjetivo e tem sido, ainda hoje, compreendida como essencial para o Direito Penal, consistindo no elemento justificador da intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, sendo o elemento que lhe confere validade.

## 2.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

A noção de bem jurídico é tão importante para o Direito Penal que é possível construir sua história também a partir desta perspectiva. Ainda que esta noção venha sofrendo, como se verá, alguns ajustes, ela continua sendo essencial para o Direito Penal liberal e consentâneo com a democracia constitucional.

Como visto anteriormente, a primeira concepção de bem jurídico<sup>20</sup> teve como suporte a lesão ou ameaça de lesão a um direito subjetivo, em razão da influência que Feuerbach sofrera das condições socioculturais da época e da doutrina privatística, em que se evidencia a preocupação com a proteção de interesses do indivíduo em si e não da coletividade.

Birnbaum contesta a idéia de Feuerbach na medida em que observa que a ação delitiva lesiona um bem radicado no mundo do ser ou da realidade<sup>21</sup>, e não o direito subjetivo proposto por este. Começa a distinção aqui entre o objeto da ação e o bem jurídico tutelado.

A insuficiência do conceito de Feuerbach fez surgir a necessidade de se buscar a noção de bem jurídico.

Grande parte da doutrina atribui a Birnbaum a paternidade do termo bem jurídico, enquanto outra parte aduz ter sido Binding o responsável pela sua instituição<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 34.

<sup>20</sup> Id., *Ibid.*, p. 35.

<sup>21</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal...*, op. cit., p. 25.

Assim, consoante a maior parte da doutrina, Birnbaum<sup>23</sup> introduz o conceito de bem jurídico-penal, a partir da sua percepção de que o Direito Penal deveria servir para proteger um bem encontrado no mundo do ser ou da realidade, essencial para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser violado pela conduta criminosa.

Percebe-se que Birnbaum sofre influência jusnaturalista e rompe com a tese puramente individualista predominante no período do iluminismo, ampliando a noção de bem jurídico para abranger também interesses relativos ao homem enquanto ser social.

Embora a importância atribuída aos interesses sociais tenha sido fundamental para a evolução do conceito de bem jurídico-penal, Birnbaum não logrou êxito em seu conceito de bem jurídico em função da ruptura completa com as idéias iluministas<sup>24</sup>.

Com a influência do positivismo, inicia-se uma nova fase na história do bem jurídico. Com efeito, Binding não aceita a idéia de direitos inatos ao indivíduo e entende que a norma é a única fonte de criação de bem jurídico.

Para Binding, a legitimação do Direito Penal se encontra no próprio direito positivo, no âmbito tão-somente normativo, em contraposição aos elementos pré-jurídicos constantes da estrutura do crime na fase iluminista<sup>25</sup>.

Outro aspecto relevante do pensamento de Binding consiste na supressão da dicotomia entre bens individuais e coletivos, de forma que a tutela de pessoas e objeto no âmbito individual deve-se dar em função da coletividade, da criação de uma vida comunitária sã<sup>26</sup>.

A elaboração de Binding, entretanto, não permite que o bem jurídico consiga cumprir toda a sua capacidade de limitação do poder estatal, posto que a sua criação ou elaboração está intrinsecamente relacionada e dependente do direito positivado.

Em contraposição ao tratamento científico formal da norma, surge a dimensão material do conceito de injusto penal, e o bem jurídico ganha outra concepção nos estudos de Franz von Liszt. Na sua concepção, o bem jurídico emerge do seio social para ser encontrado pela norma – à qual preexiste –, mas não é elaborado por esta. O bem jurídico, portanto, se relaciona à proteção jurídica, posto que é a tutela do Estado, originada pela necessidade, que converte os interesses em bens jurídicos<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 25-26.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25.

<sup>24</sup> COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, op. cit., p. 42.

<sup>25</sup> Id., *ibid.*, p. 44.

<sup>26</sup> Id., *ibid.*, p. 46.

<sup>27</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, op. cit., p. 90-95.

É a vida que cria o interesse, sem qualquer dependência do juízo de valoração do legislador, que apenas o reconhece e eleva à categoria de bem jurídico, com a proteção do Direito. Assim, em sentido material, o injusto penal vem a ser uma lesão ou ameaça de lesão a um interesse da vida protegido pela norma<sup>28</sup>.

Para Franz von Liszt<sup>29</sup>, a idéia do bem jurídico é mais ampla do que a de direito subjetivo defendida por Feuerbach, na medida em que a ordem jurídica, muitas vezes, protege interesses sem conferir quaisquer direitos e, quando os confere, é por simples efeito reflexo.

O entendimento de Liszt, em princípio, demonstra sobremaneira a importância do homem no processo de criação dos tipos penais, e, por conseguinte, traz a esperada limitação ao poder do Estado. Com efeito, o interesse erigido à categoria de bem jurídico pelo Estado é definido anteriormente pela sociedade, a quem compete o juízo de valoração. Ou seja, não é uma imposição estatal à sociedade, como pregava Binding, mas um reconhecimento pelo Estado do que a sociedade quer.

Contudo, vale mencionar a idéia de Tavares<sup>30</sup> de que, no fundo, o pensamento de Liszt não se distancia do positivismo naturalista, porque, em primeiro lugar, conquanto afirme Liszt que é a vida que produz os interesses, é a sua tutela jurídica que os leva à categoria de bem jurídico. Trabalha, assim, na noção de que o Direito possui como objetivo apenas regular as relações interindividuais, funcionando a norma jurídica como expressão da vontade geral.

Em segundo lugar, afirma Tavares<sup>31</sup>, com propriedade, que Liszt não esclarece quais os parâmetros utilizados pelo legislador para escolher que interesse deve ser objeto da tutela penal. Ou seja, para Tavares, as razões da incriminação de determinadas condutas, pela afronta a um interesse específico ao invés de outro, não está claramente elucidada por Liszt.

A observação de Tavares é pertinente, sobretudo se for analisado que proliferam da comunidade inúmeros interesses, às vezes até contraditórios. Sabe-se que, dentro de uma mesma nação, em um mesmo Estado, em uma mesma cidade e em um mesmo bairro, encontram-se diversos valores, opiniões e, certamente, interesses. Assim, o que faz o legislador para avaliar qual desses interesses merece a tutela penal?

No fundo, o entendimento de Liszt de que os valores são preexistentes à própria tutela, não retira a ingerência do Estado sobre esses bens, haja vista que é a ordem jurídica que elege,

---

<sup>28</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, op. cit..

<sup>29</sup> Id., *ibid.*

<sup>30</sup> TAVARES, J.E.X. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Traducción Monica Cuñarro. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004. p. 23-26.

<sup>31</sup> Id., *ibid.*

entre os interesses emergentes no seio social, os mais relevantes para se tornarem bens jurídicos.

Por outro lado, em um Estado de Direito Democrático, sabe-se que o Estado consiste em um representante da população, legitimando-se na escolha dos interesses a serem juridicizados como se “os seus olhos fossem os olhos do povo”.

Evidentemente, não há como considerar aplicável aos dias atuais a concepção de bem jurídico de Liszt, já que é notório que nem todos os interesses protegidos penalmente preexistem na sociedade pós-moderna, caracterizada pela criação de diversos falsos bens jurídicos.

Em verdade, vive-se hoje na contramão da idéia de Liszt: muitas vezes, primeiro se incrimina a conduta para depois se incutir, na sociedade, o interesse albergado. Isto pode significar que o bem jurídico em certos tipos não passa de mera criação, ou de significante sem significado, já que ele não passaria de mera figura de linguagem.

No caso da utilização de células-tronco embrionárias, é complexa a tentativa de encontrar preexistente na sociedade pós-moderna o interesse tutelado pelo legislador com a criação do tipo penal do artigo 24 da Lei de Biossegurança, haja vista que a população em geral tem sido induzida, a partir dos discursos construídos pelo Estado e pelos grupos científica e economicamente dominantes, a atribuir um *status* equivocado ao embrião humano.

Talvez mais acertada a concepção de Binding, embora menos legítima, na medida em que confere maiores poderes ao legislador na criação das figuras típicas, já que vincula o conceito de bem jurídico à decisão legislativa de protegê-lo juridicamente.

Welzel<sup>32</sup>, por sua vez, enxerga o bem jurídico como aquele bem vital da comunidade ou do indivíduo protegido juridicamente, tendo-se em vista seu significado social.

Com efeito, embora se assemelhe a von Liszt quanto ao papel do social na construção do bem jurídico, Welzel<sup>33</sup> diverge ao despojá-lo de natureza jurídico-positiva e revesti-lo de natureza ético-social, asseverando que bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito queira proteger de lesões.

Na definição de Jescheck<sup>34</sup>, são aqueles bens considerados imprescindíveis para a convivência humana em comunidade, tais como a vida humana, a integridade corporal, a

---

<sup>32</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26-27.

<sup>33</sup> Id., *ibid.*

<sup>34</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 6.

liberdade pessoal de ação e de movimentos, a propriedade, o patrimônio, a segurança das minorias, e que, portanto, devem ser protegidos pelo poder de coação do Estado através da pena pública.

Já Polaino Navarrete<sup>35</sup> entende por bem o valor merecedor da máxima proteção jurídica, ou seja, bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.

Os conceitos de Jescheck e de Polaino Navarrete são mais consentâneos com os valores da contemporaneidade, uma vez que já manifestam preocupações com direitos sociais e de grupos, o que é próprio dos estados sociais.

Saliente-se que Zaffaroni<sup>36</sup> traz como definição de bem jurídico penalmente tutelado “[...] a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Tal definição está estreitamente relacionada à disponibilidade do titular com a coisa, de forma que, para Zaffaroni, dizer que a honra é um bem jurídico abrevia o verdadeiro bem jurídico, qual seja, o direito a dispor da própria honra. Em apertada síntese, para Zaffaroni o bem jurídico é o direito de o titular dispor de certo objeto.

Posteriormente, surgem as orientações espiritualistas<sup>37</sup>, que, sob a influência da filosofia neokantiana, trazem a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico como sendo um valor abstrato, de cunho ético-social, juridicamente tutelado. Aqui, não se situa o bem jurídico diretamente no seio social, como o faz Liszt, mas o entende como a referência do delito do mundo ao valorativo.

Tal teoria, vale observar, restringe a importância e a função do bem jurídico na medida em que vincula esse valor ético-social ao sentido teleológico de cada tipo penal, aos limites da descrição legal do delito, diluindo-o no complexo normativo e transformando-o em método interpretativo.

Existem concepções contemporâneas do bem jurídico tais como as teorias constitucionais que eclodiram na Itália. Em síntese, tais teorias pregam que a limitação do legislador ordinário na criação do ilícito penal decorre do fato de que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, ocorrendo a normatização de diretivas político-criminais.

---

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal ...*, op. cit., p. 36.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 462.

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal ...*, op. cit., p. 36-42

Dentro das teses constitucionais, encontram-se dois grupos, os quais divergem, tão-somente, quanto à forma de ligação à norma constitucional: o da teoria de caráter geral e o da teoria do fundamento constitucional estrito.

Aqueles que representam a teoria de caráter geral – W. Sax, M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca, C. Roxin e H. J. Rudolphi<sup>38</sup> –, aduzem, em linhas gerais, que a referência da Constituição deve ser feita de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo.

Assim, a Constituição servirá como um norte, um parâmetro basilar na identificação dos bens jurídicos e, portanto, na elaboração de tipos penais<sup>39</sup>. Assim, o legislador ordinário não poderá fugir, na tarefa de incriminação de condutas, das diretrizes político-criminais que emanarão do texto constitucional.

Já os adeptos da teoria do fundamento constitucional estrito – F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J.J.Gonzalez Rus e E. Gregori<sup>40</sup> –, entendem que a Constituição deve conter prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais será possível delinear os bens jurídicos e as formas de sua proteção, com a descrição pormenorizada dos passos do legislador infraconstitucional.

Não há como prevalecer a teoria do fundamento constitucional estrito, sob pena de se engessar o sistema penal. A Carta Magna não deve substituir o legislador ordinário ou traçar-lhe os passos, mas apenas fixar-lhe as premissas basilares do sistema.

Admite-se até que alguns bens jurídicos possam ser citados no texto constitucional, o que não se pode conceber é que a Constituição esgote a matéria, ao invés de regulamentá-la.

Entendimento contrário representa um verdadeiro retrocesso, mesmo para aqueles que advogam a favor do garantismo penal, já que os bens jurídicos surgidos com a natural evolução da humanidade em termos sociais, econômicos, ambientais, éticos e tecnológicos ficariam de fora da proteção estatal por não estarem prescritos na Carta Magna.

Vale salientar ainda que, na Constituição, existem inúmeros valores que não possuem a relevância necessária para serem considerados bens jurídico-penais, sob pena de ofensa ao princípio da subsidiariedade.

---

<sup>38</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal ...*, op. cit., p. 43-46

<sup>39</sup> Id., *ibid.*

<sup>40</sup> Id., *ibid.*



Por outro lado, em um Estado de Direito Democrático, a Constituição possui um papel fundamental na limitação do poder punitivo do Estado, de sorte que, na Carta Magna, devem estar contidos as diretrizes político-criminais e os valores necessários para se definir os bens jurídicos penalmente tutelados.

No que concerne ao tema deste trabalho, qual seja, a exata delimitação do bem jurídico objeto do artigo 24 da Lei nº 11.105/2005, a Constituição fornece as bases necessárias para que se faça uma hermenêutica correta do valor tutelado, mas a definição é uma tarefa do direito penal em obediência à estrita legalidade. Assim, a Constituição é uma fonte, um limite à atividade do legislador ordinário, que nela deve pautar-se, sem que coincidam necessariamente.

O conceito de bem jurídico é mais complexo do que o de valores constitucionais e continua em elaboração.

A Escola de Frankfurt<sup>41</sup> recentemente desenvolveu o que se tem chamado de conceito pessoal de bem jurídico. Tal Escola pugna pela existência de um Direito Penal Mínimo, como sendo aquele que vem legitimar unicamente as intervenções do Direito Penal que sirvam para proteger bens individuais (vida, saúde, liberdade e propriedade). Os bens supra-individuais somente haveriam de ser protegidos à medida que viessem a produzir efeitos lesivos sobre as pessoas.

Hassemer<sup>42</sup> é partidário da redução do Direito Penal ao chamado “Direito Penal Básico”, o qual proibiria aquelas condutas que lesionassem ou oferecessem grave perigo a bens jurídicos individuais. Embora não desconsidere os bens jurídicos universais, Hassemer não os equipara valorativamente aos individuais<sup>43</sup>.

O que se percebe claramente é que as exigências da pós-modernidade quanto ao Direito Penal tornam necessária uma revolução na concepção de bem jurídico, sob pena de este se tornar inócuo. Neste particular, destacam-se as visões de Roxin e Tavares.

Tavares<sup>44</sup> concebe bem jurídico como um valor que se incorpora à norma como objeto de sua preferência real e constitui elemento do tipo penal, sobre o qual se devem referir a ação típica e todos os demais componentes.

---

<sup>41</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal* ..., op. cit.

<sup>42</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Liv. Almedina, 2001. p. 76-77.

<sup>43</sup> Id., *ibid.*

<sup>44</sup> TAVARES, J.E.X. *Bien jurídico y función* ..., op. cit., p. 39-41.

Assim, o bem jurídico condiciona a validade da norma incriminadora, a qual deve fazer referência direta a um específico bem jurídico e ser aplicada toda vez que houver lesão ou ameaça de lesão a tal bem.

Para Tavares<sup>45</sup>, a demonstração real da efetiva lesão ou colocação em perigo do bem jurídico configura pressuposto indeclinável do injusto penal. Vale salientar ainda que o seu papel não é a tutela da norma, ou de si mesmo, mas da pessoa humana, objeto final de proteção do ordenamento jurídico.

Tavares<sup>46</sup> entende, todavia, que função e bem jurídico não se confundem. As funções do Estado, como controle do tráfego, da entrada e saída de capital, da administração da justiça não podem ser elevadas à categoria de bem jurídico-penal, a menos que, no fundo, representem um valor da pessoa humana. O bem jurídico consiste, sobretudo, em um valor que culmina na tutela da pessoa individual, mesmo nos casos em que está presente o interesse geral como uma etapa deste processo.

Roxin<sup>47</sup> traz uma definição de bem jurídico interessante, consentânea com a contemporaneidade e as condutas e lesões que o direito penal deve evitar. Seriam bens jurídicos “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. E conclui Roxin<sup>48</sup> que os bens jurídicos não necessariamente são socialmente preexistentes, mas que também podem ser criados pelo legislador, como os delitos contra a ordem tributária, desde que sirvam para o funcionamento do sistema estatal que se fundamenta no indivíduo.

A noção de bem jurídico ainda tem passado por um longo processo evolutivo, sendo crucial destacar a existência de correntes que desprezam esta teoria como essencial à construção da teoria do delito. De fato, em alguns tipos penais, tem sido difícil encontrar o valor que é protegido pela Lei ou conferir a este valor a natureza de bem jurídico essencial à sobrevivência do grupo conforme se entendia tradicionalmente.

No crime descrito no artigo 24 da Lei de Biossegurança, por exemplo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro que destaca e protege a vida, a caracterização do bem jurídico é complexa, como se verá.

---

<sup>45</sup> TAVARES, J.E.X. *Bien jurídico y función* ..., op. cit.

<sup>46</sup> Id., *ibid.*

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

<sup>48</sup> Id., *ibid.*

Por outro lado, há de se ressaltar também que a possibilidade de se conferir a qualquer interesse a natureza de bem jurídico através de um discurso bem articulado acaba fortalecendo a desconstrução da noção de bem jurídico como fundamental à legitimação do direito punitivo.

Em que pesem os fundamentos propostos para substituir a noção de bem jurídico, a História tem demonstrado o perigo do desprezo deste como fonte de validade do Direito Penal, em virtude da elaboração de delitos em que a proibição de condutas revela a tentativa de impor determinadas formas de vida<sup>49</sup>. Como exemplo, pode-se citar a punibilidade do homossexualismo, da exibição de pornografia de atos sexuais entre seres humanos e animais e do adultério.

Ainda como referência a delitos cuja proibição visa reprimir a desobediência à vontade expressa na norma, citam-se os casos de crimes de mera atividade, que, entre outros, podem ser encontrados no ordenamento jurídico nos crimes consubstanciados nos artigos 30, 31 e 60 da Lei nº 9.605/98<sup>50</sup> e no artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>51</sup>.

No finalismo, ao contrário, a idéia de bem jurídico-penal é basilar para sustentação do Direito Penal Garantidor e do Estado de Direito Democrático em que a limitação da liberdade do indivíduo apenas pode ser concretizada na proteção de direitos fundamentais.

A idéia de que a noção é supérflua remonta à Escola de Kiel<sup>52</sup>, que inicialmente repudiou a teoria do bem jurídico por não ser possível compatibilizá-la com o Estado totalitário, em que não se admitia limitação ao poder estatal em razão de interesse essencial da comunidade.

Essa Escola fora criada durante o nacional-socialismo na Alemanha e tinha como expoentes F. Schaffstein e G. Dahm, os quais defendiam que o crime, além de fundamento, é ocasião para a pena, através da qual se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n. 53, p. 09-37, mar/abr., 2005. p. 18-19.

<sup>50</sup> Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente. Pena reclusão, de um a três anos, e multa. Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais, competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

<sup>51</sup> Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena reclusão de quatro a seis anos, e multa.

<sup>52</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal ...*, op. cit., p. 31.

<sup>53</sup> Id., *ibid.*

Para justificar os absurdos empreendidos pelo Estado Totalitarista, a Escola de Kiel sustentou o chamado Direito Penal da vontade ou Direito Penal do autor, em que a pessoa é punida pela vontade de delinquir aferida pelos juízes, de acordo com o são sentimento do povo ou pelo que a pessoa é e não pelo que fez.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o repúdio à noção de bem jurídico-penal não deve estar diretamente relacionado ao Estado Totalitarista, como se jamais pudesse existir um Estado de Direito Democrático sem que a teoria do delito seja pautada na noção de bem jurídico-penal, pelo menos na noção que prevalece deste como valor ou interesse emanado do seio social.

Nesse sentido, questiona-se se o bem jurídico-penal é a única forma de conseguir garantir os direitos do cidadão com a limitação da intervenção punitiva do Estado. E mais: não se deve olvidar que a noção de bem jurídico-penal, nos dias atuais, sofreu profunda alteração pela necessidade do Estado de proteger a população diante das novas formas de condutas, o que tem feito Estados de Direito criarem delitos baseados em falsos bens jurídico-penais ou ainda desvirtuarem sobremaneira a função do Direito Penal.

Evidentemente, nem todos os interesses oriundos da vida pós-moderna se consubstanciam em falsos bens jurídicos, como o meio ambiente, que visa impedir que possam ser danificados ou postos em perigo os recursos naturais ou culturais, a salubridade e higiene da biosfera, assim como a própria vida das futuras gerações, com o crescimento de problemas como o efeito estufa e a destruição da camada de ozônio. Não há, contudo, como legitimar os delitos relativos à relação de consumo ou mesmo a proibição de trafegar sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação.

A Escola de Kiel, conquanto tenha admitido posteriormente o dogma do bem jurídico-penal, fê-lo tardiamente, quando já havia perdido a sua identidade e se transformado em instrumento inócuo diante do sistema implantado<sup>54</sup>.

As teorias sociológicas<sup>55</sup>, preponderantes na Alemanha, podem ser representadas por K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R.P. Calliess, Mir Puig, Gomes Benitez, entre outros.

Mir Puig<sup>56</sup> entende que o Direito Penal deve proteger os sistemas sociais enquanto garantia do indivíduo e lhe interessa é a necessidade social, a possibilidade de participação do bem jurídico no sistema social.

---

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal ...*, p. 31.

<sup>55</sup> Id., *ibid.*

<sup>56</sup> Id., *ibid.*, p. 33.

Para Mir Puig<sup>57</sup>, o Direito não pode estar a serviço da manutenção das suas próprias normas, ter um fim em si mesmo, como pensa Jakobs, mas deve estar voltado para a proteção das necessidades dos seres humanos, dos seus cidadãos. O próprio Mir Puig, todavia, conclui que não houve nenhum sistema jurídico-penal que não tivesse estado a serviço de algum sistema político, o que demonstra que não há como dar uma concepção apolítica ao Direito, encerrando-o no estritamente jurídico e legitimando-o em si mesmo, independente de sua orientação concreta.

Jakobs<sup>58</sup>, um dos grandes expoentes da teoria funcionalista-sistêmica, acredita que o princípio da proteção ao bem jurídico-penal fundamenta o Direito Penal do inimigo e não o Direito Penal dos cidadãos. Isto porque o Estado, no intuito de promover a tutela de tais bens, tem intervindo mais na esfera de liberdade do cidadão, inclusive na sua esfera privada, com a criação desmesurada de tipos penais, principalmente daqueles em que a conduta proibida não irá lesionar o bem jurídico, mas trazer perigo a este, ainda que de forma abstrata.

Para Jakobs<sup>59</sup>, este princípio transforma o cidadão em inimigo do bem jurídico, na defesa do qual lhe é retirada a mínima liberdade na sua esfera privada, qualquer “âmbito para uma conduta ainda não socialmente relevante”, já que o enxerga como fonte de perigo para a sociedade, cuja integridade é medida pela intangibilidade aos bens jurídicos.

Jakobs não relaciona o delito à proteção do bem jurídico, mas o define como uma ofensa à vigência da norma, o que fundamenta a aplicação da sanção penal. Em verdade, a concepção de Jakobs muito se assemelha à de Hegel, quando este menciona que a pena é a negação da negação, uma vez que nega o delito, o qual nega o Direito. Negar a negação significa, portanto, reavivar, positivar a norma, a vontade de todos representada no ordenamento jurídico.

Conquanto as críticas de Jakobs a este princípio tenham servido de base para uma reflexão mais profunda sobre o papel atual do bem jurídico, não há como considerar que a vigência da norma deve ser um critério substitutivo para se validar o Direito Penal liberal. Na verdade, o Direito não se pode legitimar sendo um fim em si mesmo, mas deve estar sempre a serviço do homem, sobretudo em uma democracia constitucional pautada na dignidade da pessoa humana.

---

<sup>57</sup> PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo en Derecho penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, p. 197-221, 2007.

<sup>58</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108-143.

<sup>59</sup> Id., *ibid.*

Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria sociológica funcionalista<sup>60</sup>, originada com a obra de Durkeim, prega a funcionalidade como critério principal do exame de qualquer conduta. É que, segundo esta teoria, a sociedade atua como um sistema global ou de interação ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), de forma que o delito é um comportamento disfuncional, um obstáculo ao funcionamento do sistema social e não uma ofensa ao bem jurídico-penal. Despreza, assim, a noção de bem jurídico.

Em uma análise crítica, a corrente funcionalista valoriza sobremaneira o social em detrimento do juízo normativo e deixa de explicar o que é violado com a conduta delitiva, de fornecer um conceito material de delito e, por fim, de explicar por que certa sociedade criminaliza determinados comportamentos e não outros.

Há tentativas de conciliação entre o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e as teorias que o desconsideram.

Nesse sentido, Roxin<sup>61</sup> já admite exceções à regra da proteção do bem jurídico, vislumbrando a existência de incriminações sem bem jurídico.

Tais incriminações decorreriam da necessidade de se proibir determinados comportamentos que, conquanto repudiados socialmente, não estariam diretamente relacionados ao conceito de bem jurídico, o qual precisaria ser ampliado para abranger interesses não relativos aos indivíduos hoje concretamente existentes ou às condições de existência do sistema social.

Elenca Roxin<sup>62</sup>, como exceções à regra do bem jurídico e ainda assim sendo condutas que devem ser proibidas, o crime de maus-tratos contra animais e os crimes que visam à proteção do embrião e das gerações futuras, aos quais deve ser dada a proteção penal, seja pelo sentimento de solidariedade para com os animais, seja pela sua excepcional fragilidade.

Infere-se que não tem sido fácil para o Direito Penal contemporâneo o enfrentamento dos novos interesses tutelados. O embrião, em razão das inúmeras discussões éticas sobre sua natureza, constitui um dos temas mais complexos para o direito criminal.

Essa complexidade persiste em face de todas as concepções contemporâneas de bem jurídico<sup>63</sup>. A primeira seria a manutenção de um conceito mais restritivo, em que apenas fossem assim considerados aqueles interesses essenciais à existência e ao desenvolvimento

---

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal ...*, op. cit., p. 34.

<sup>61</sup> GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n 49, 2004.

<sup>62</sup> Id., *ibid.*

<sup>63</sup> Id., *ibid.*

social do homem, de forma que alguns interesses deixassem de ser considerados bens jurídicos.

Se, por um lado, essa posição é coerente, por outro não inclui no seu âmbito de tutela interesses que não se referem diretamente ao bem-estar do homem, mas que são dignos de proteção, como o meio ambiente e a biodiversidade<sup>64</sup>.

A segunda posição é a ampliação do conceito de bem jurídico, a fim de justificá-lo como indispensável a qualquer incriminação<sup>65</sup>. Este entendimento tem sido o mais utilizado na prática, mas leva a complicações evidentes em virtude da aplicação de sanção penal na defesa de interesses não essenciais para o homem ou sistema social.

A terceira posição<sup>66</sup> é a de Roxin e Hefendehl, que consiste em reconhecer exceções à regra geral do bem jurídico como indispensável para a elaboração de delitos.

Segundo Luís Greco<sup>67</sup>, esse terceiro entendimento fortalece mesmo a noção de bem jurídico na medida em que se evita utilizar o Direito Penal como forma de tutelar interesses não relacionados ao homem e ao sistema social, assim como se passa a formular critérios para a legitimação de crimes sem bem jurídico.

Consoante observa o próprio Luís Greco<sup>68</sup>, o problema do bem jurídico não é de fácil solução, sobretudo pela importância desta noção para o Direito Penal.

Resta aferir, entretanto, qual o conceito de bem jurídico que melhor se coaduna com a função do Direito Penal em um Estado de Direito Democrático, sobretudo porque uma leitura mais profunda da definição usualmente utilizada, *a priori*, aponta uma forma de atuação do Estado possivelmente menos garantista.

Os problemas relativos à tutela da vida embrionária não se resolvem com quaisquer destas construções porque, como se disse, estão vinculados à compreensão e atribuição que se faça de seu *status*. Isto não significa, todavia, que é possível criar tipos penais vinculados ao uso de células-tronco embrionárias sem que fique claro o interesse protegido.

---

<sup>64</sup> GRECO, Luís. Princípio da lesividade..., op. cit.

<sup>65</sup> Id., ibid.

<sup>66</sup> Id., ibid.

<sup>67</sup> Id., ibid.

<sup>68</sup> Id., ibid.

### 3 AS EXPERIÊNCIAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A NATUREZA DO EMBRIÃO HUMANO

Como dito antes, o alcance do conceito de bem jurídico não serve, por si só, para solucionar a questão posta no presente trabalho. Assim, para se constatar se de fato existe e qual é o valor tutelado com a criminalização da utilização ilegal de células-tronco embrionárias, faz-se necessário, ainda conhecer outros fenômenos que estão ao redor do tema e que têm profunda repercussão em sua valoração, ou seja, é necessária uma incursão ao campo técnico-científico para conhecer as experiências que estão sendo realizadas e o que são células-tronco. Estes dados permitirão concluir a respeito da natureza do embrião humano, tema deveras controvertido.

Os avanços no campo da engenharia genética, que tiveram seu marco inicial com o Projeto Genoma Humano, têm proporcionado à humanidade esperança de longevidade e de superação dos obstáculos físico-corporais para se alcançar uma melhor qualidade de vida e, quiçá, a imortalidade.

A ciência tem progredido velozmente no estudo relacionado com os limites da vida e quanto aos recursos possíveis para que o homem tenha uma qualidade de vida cada vez maior. Atualmente, a grande esperança da humanidade recai nas pesquisas com células-tronco, cujas especulações são as mais variadas possíveis quanto ao potencial curativo. Muitas são os trabalhos e notícias, dentro e fora do Brasil, que retratam terapias com células-tronco para a melhoria do estado de saúde do paciente. Já são conhecidas como “células milagrosas” e “células da esperança”<sup>69</sup>.

A terapia celular constitui uma reunião de métodos e abordagens tecnológicas, obtidos a partir do conhecimento de várias ciências, que visa à utilização de células para tratamento de doenças<sup>70</sup>. Em outras palavras, a terapia celular consiste exatamente em transferir células-tronco aos tecidos e órgãos lesionados, a fim de que haja a transmutação daquelas em tecidos e órgãos bons.

Os limites dessa terapia ainda são pouco precisos, mas é certo que vem despertando o interesse de todos, desde a comunidade científica até a mídia, com notícias quase diárias acerca dos seus novos rumos.

---

<sup>69</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco e Bioética: o progresso biomédico e os desafios éticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. p. 18.

<sup>70</sup> ZAGO, Marco Antonio. *Células-tronco: a nova fronteira da medicina*. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 110.



A eficácia das células-tronco no tratamento de determinadas patologias tem sido a grande promessa atual da medicina, que, não obstante, apenas poderá ser confirmada após um médio ou longo período de sérios experimentos e testes clínicos. Ainda assim, a população mundial crê na terapia celular como a maior esperança de cura de doenças genéticas, cardíacas, neurológicas.

Por outro lado, o investimento financeiro na área é muito grande em todo o mundo. No Brasil, entretanto, o setor privado ainda não tem destinado recursos para as pesquisas, cabendo ao investimento ao Ministério da Ciência e Tecnologia, ao Ministério da Saúde e às agências de financiamento, os quais têm desempenhado importante papel para que o País continue competitivo nesta área<sup>71</sup>.

Vale salientar que grande parte das abordagens práticas da moderna terapia celular decorre da terapia transfusional do século XX, que consiste na mais antiga forma deste tipo de terapia sob a alcunha de transfusão de componentes sanguíneos<sup>72</sup>.

O foco das pesquisas atuais tem sido a medicina regenerativa, na qual se objetiva a restauração da função de tecidos ou órgãos lesados a partir da sua substituição, de forma a aplacar as moléstias causadoras de maior número de morte e morbidade, tais como as doenças cardíacas, diabete melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas<sup>73</sup>.

### 3.1 AS CÉLULAS-TRONCO

As células-tronco começaram a despertar a atenção científica em 1960, sendo certo que as pesquisas foram intensificadas a partir de 1970, com experimentos realizados em teratomas ou teratocarcinomas<sup>74</sup> formados em animais. Descobriu-se que daí podem ser retiradas células das três linhagens celulares primordiais germinais, as quais originam todos os tipos de tecidos do organismo.

Continuando a pesquisa, foram injetadas células-tronco dos teratocarcinomas em blastocistos, formando animais de dois genótipos diferentes, conhecidos como quiméricos. Em experiências com camundongos, concluiu-se ser possível a obtenção de células-tronco pluripotentes diretamente dos blastocistos, excluindo-se os teratocarcinomas. Em 1981, houve

---

<sup>71</sup> ZAGO, Marco Antonio. Apresentação, In: \_\_, op. cit.

<sup>72</sup> Id., *ibid.*, p. 110-113.

<sup>73</sup> Id., *ibid.*.

<sup>74</sup> Id., *Ibid.*

a divulgação das primeiras pesquisas em que células-tronco pluripotentes foram derivadas de blastocistos de camundongos<sup>75</sup>.

Em 1994, com a expansão dos experimentos em embriões excedentes de fertilização *in vitro*, foram derivadas as primeiras células-tronco de blastocistos humanos, conforme relatos de Bongso e sua equipe. Entretanto, o ano de 1998 foi um marco na medicina, tendo a empresa Geron Corporation, de Merlon Park, na Califórnia, E.U.A., divulgado o sucesso no isolamento e cultivo em laboratório de linhas de células-tronco embrionárias<sup>76</sup>.

Das pesquisas iniciais realizadas pela equipe liderada por James Thomson na Universidade de Wisconsin, Madison, com embriões excedentes de clínicas de fertilização *in vitro* e por John Gearhart, na Universidade Johns Hopkins, Baltimore, USA, com fetos abortados, concluiu-se que as células-tronco humanas poderiam ser isoladas, cultivadas *in vitro* e utilizadas para terapias de reposição celular e na produção de tecidos humanos em laboratório. Saliente-se que, embora esses protocolos científicos tenham suscitado debates éticos, legais e políticos à época, as pesquisas com a vida pré-pessoal não pararam. Ao contrário, os resultados serviram para inaugurar uma nova era na medicina regenerativa.

Por outro lado, o italiano Ângelo Vescovi<sup>77</sup> e sua equipe efetuaram importantes experimentos com células cerebrais, fazendo-as se especializar em células nervosas, sanguíneas e de músculos.

A partir disso, descobriu-se que existiam células-tronco nos organismos adultos. Embora tenha sido possível o isolamento e o cultivo de tais células *in vitro*, os resultados não despertaram o mesmo interesse científico do caso dos embriões, porque as células-tronco do organismo adulto, supostamente, teriam capacidade de diferenciação mais restrita (fato ainda não comprovado cientificamente).

Com efeito, através das informações científicas, pode-se dizer que as células-tronco são células mestras, com capacidade de se auto-renovar e de se dividir ilimitadamente, *in vivo* ou *in vitro*, transformando-se em diferentes tipos de células especializadas, tais como as do cérebro, pele, ossos, músculo, coração. Enquanto as demais células assumem um papel específico no organismo, as células-tronco se mantêm indiferenciadas.

As células-tronco possuem uma função essencial na manutenção da vida, pois permitem a existência de material de reposição nos tecidos, responsável pela colocação de novas células nos lugares daquelas que morrem ou são danificadas. Elas se segmentam em

---

<sup>75</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p.19-28.

<sup>76</sup> Id., *ibid.*

<sup>77</sup> Id., *ibid.*

duas células-filhas, sendo certo que uma se especializa e a outra mantém as propriedades da mãe.

As células-tronco podem ser constituídas de várias classes: células-tronco embrionárias; células-tronco de organismos adultos, células-tronco provenientes de clonagem, células-tronco de cordão umbilical e da placenta e células-tronco de fetos abortados.

As células-tronco embrionárias, como assinalado acima, são de duas espécies<sup>78</sup>: totipotentes e pluripotentes, a depender do seu estágio de desenvolvimento. Até a mórula, são totipotentes em virtude da possibilidade de originarem embriões inteiros viáveis e não apenas tecidos ou órgãos. A totipotência dos blastômeros é ratificada pelo nascimento de gêmeos monozigóticos. Neste caso, a segmentação do zigoto origina um novo ser com carga genética igual à do primeiro.

As células pluripotentes, por sua vez, derivam da massa celular interna – MCI dos blastocistos ou das células germinais das quais se formarão os óvulos e espermatozóides. São ainda indiferenciadas e possuem a capacidade funcional de originar várias linhas celulares ou tecidos diferentes, inclusive extra-embriônicos. Considerando que elas podem formar as três linhagens primordiais de células, também dão origem a um organismo inteiro, mas este não é biologicamente viável em virtude da ausência do trofoblasto.

De acordo com a especialização, as células podem ser ainda multipotentes (quando se diferenciam em todas as células de um determinado tecido e nenhuma de outro) ou unipotentes (quando se diferenciam em um único tipo de célula).

As células-tronco embrionárias podem ser obtidas de três fontes: (i) de embriões gerados por Fertilização *in Vitro* (FIV) exclusivamente para o cultivo de tecidos a partir de células da Massa Celular Interna do blastócito; (ii) da Massa Celular Interna de embriões criados por FIV e não implantados no útero materno, os chamados excedentes, e (iii) da Massa Celular Interna de embriões criados por técnicas de clonagem não reprodutiva.

As células-tronco embrionárias apresentam algumas vantagens sobre as adultas, tais como o fato de poderem ser propagadas indefinidamente no laboratório, sob determinadas condições, poderem ser geneticamente alteradas e para se diferenciarem em um tipo celular.

Contudo, muitos são os obstáculos que impedem que sua utilização seja tranqüila. Assim, verifica-se que a extração deve ser feita em um estágio precoce de desenvolvimento embrionário, que há dificuldade em estabelecer e manter as linhas celulares, em obter células puras *in vitro*, existindo ainda a possibilidade de formação de tumores quando injetadas em

---

<sup>78</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco...*, op. cit., p. 28/42.

organismos com carga genética divergente ou de teratomas, instabilidade genômica e a não-contaminação de tais células-tronco com os fatores de cultivo, geralmente de origem animal.

O maior obstáculo, todavia, reside no plano moral, exatamente na proteção à vida, já que os embriões utilizados são destruídos com a retirada das células-tronco pluripotentes.

Quanto às células-tronco adultas ou maduras nada mais são do que aquelas obtidas no cordão umbilical, na placenta, em alguns tecidos e na medula óssea. A obtenção de tais células em organismo adulto é possível, haja vista que o processo de divisão celular, ao contrário do que muitos pensam, não se restringe ao período inicial da vida.

Em verdade, no desenvolvimento normal de um organismo adulto, existem células diferenciadas de determinados tecidos que sofrem desgaste natural, dano, enfermidade ou morte celular, acarretando a necessidade de um contínuo processo de divisão celular para manter constante o número de tais células<sup>79</sup>.

Alguns tecidos ou órgãos possuem células-tronco com capacidade não apenas de reativar seu programa genético, reagindo a determinados estímulos, bem como de acarretar algumas linhas celulares. Trata-se de células multipotentes, as quais possuem um grau de diferenciação menor que das células pluripotentes, tendo em vista que não conseguem se transformar em todos os tecidos ou órgãos, mas apenas em alguns.

Ao contrário do que se divulga na mídia, recentemente foi descoberta a existência de células pluripotentes em organismos adultos, tendo sido citados os tecidos do sangue, da medula óssea, do cérebro, dos vasos sanguíneos, dos músculos, dos intestinos, do fígado, do pâncreas, do sistema nervoso e da pele.

As pesquisas empreendidas demonstraram que as células-tronco adultas, quando introduzidas em um tecido, são capazes de produzir células que assumem todas as características observáveis de uma célula dele e de interagir com as demais. Podem produzir células de sua linhagem celular ou de qualquer outra, condição que, uma vez controlada, permite que uma única célula gere toda uma linhagem de outras geneticamente iguais e com todas as propriedades das diferentes espécies de células daquele tecido<sup>80</sup>.

Ademais, podem ser adquiridas de imediato a partir do próprio tecido, sem serem submetidas a todo o procedimento de diferenciação e especialização, e sem riscos de formação de teratomas<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> LACADENA, Juan-Ramón. Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas. *Revista Der Gen H*, n. 12, p. 191-212, 2000. p. 199.

<sup>80</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco...*, op. cit., p. 43-51.

<sup>81</sup> Id., *ibid.*

Também se caracterizam pela transdiferenciação ou transdeterminação ou diferenciação não-ortodoxa ou plasticidade<sup>82</sup>. Este fenômeno a capacita para originar células de outros tecidos, mesmo já tendo sido diferenciada em outra linha celular.

Vale esclarecer que as células-tronco de organismos maduros não geram uma célula especializada, mas células intermediárias, denominadas precursoras ou progenitoras, que se especializarão na função específica do tecido ou órgão onde se encontram<sup>83</sup>.

Conquanto as células-tronco adultas sejam numericamente escassas em muitos tecidos, diminuindo com o avanço da idade. difíceis de serem isoladas e cultivadas em laboratório porque se comportam de modo particular em relação a cada tecido e difíceis de compatibilização entre doador e receptor, elas têm inúmeras vantagens que as tornam potencialmente mais interessantes que as células embrionárias.

Tais células maduras têm oferecido resultados melhores no tratamento do mal de Parkinson nas experiências realizadas em macacos, não oferecem riscos de rejeição ou formação de tumores nos transplantes autólogos (células extraídas do próprio paciente) e proporcionam mais facilidade na obtenção de maior número de células-tronco diferentes<sup>84</sup>.

As pesquisas e terapia celular também são realizadas com as células-tronco adultas, as quais geram menos polêmica que as extraídas dos embriões, uma vez que não há destruição do seu doador. Entretanto, tais células geram menos cobiça na comunidade médico-científica.

Pesquisas e terapia celular com células-tronco provenientes de técnicas de clonagem não-reprodutiva também podem ser realizadas. Com efeito, uma célula somática adulta pode ser reprogramada em todos os tipos de células que compõem um animal inteiro, mediante a transferência do seu núcleo que contém o DNA para o citoplasma de um óvulo desnucleado.

Além dessa técnica, também se pode obter a clonagem a partir da separação dos blastômeros de um embrião, ainda no estágio de 4 ou 8 células, em razão da sua totipotência<sup>85</sup>.

Há desejos, no mundo científico, de que os problemas relativos aos transplantes sejam excluídos com a clonagem terapêutica, em razão de serem utilizadas, no procedimento, células do próprio receptor.

Contudo, os cientistas já perceberam que as células-tronco derivadas de tal técnica podem conter defeitos funcionais resultantes da reprogramação celular ou ainda podem conter

---

<sup>82</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco...*, op. cit.

<sup>83</sup> Id., ibid.

<sup>84</sup> Id., ibid.

<sup>85</sup> Id., ibid., p. 51-57.

os defeitos genéticos do doador, necessitando serem curadas *in vitro* antes de serem injetadas novamente no organismo humano, procedimento difícil e de elevado custo<sup>86</sup>.

Além das questões científicas, a clonagem terapêutica suscita problemas éticos semelhantes à utilização das células-tronco embrionárias excedentes de FIV porque atingiriam o mesmo jurídico, qual seja, a vida do jovem embrião. Isto não impediu, todavia, a recente liberação da clonagem terapêutica na Espanha, em meados de 2007<sup>87</sup>.

As células-tronco provenientes do cordão umbilical e da placenta são bastante utilizadas em terapia celular para tratamento de vários tipos de câncer, especialmente a leucemia, a doença de Hodgkins, doenças ligadas à medula óssea, a tumores cerebrais, a tumores de células germinais e a imunodeficiências<sup>88</sup>.

A coleta do material é realizada de duas formas<sup>89</sup>: (i) imediatamente após o nascimento, é feita a assepsia do cordão umbilical em ambiente esterelizado, retirado o sangue com o auxílio de uma agulha, e posto em um recipiente com solução anticoagulante; (ii) com a placenta ainda no interior do organismo, o sangue é coletado (para evitar coagulação) e posteriormente testado e crioconservado em solução de nitrogênio.

Também aqui existem debates éticos na medida em que, muitas vezes, pais resolvem gerar um filho para doação do material genético necessário para salvar outro filho, como experiências já ocorridas<sup>90</sup>. São as chamadas crianças-remédio. Ademais, discute-se juridicamente a quem deve ser atribuída a propriedade do material coletado: à mãe ou ao filho. Entretanto, tais problemas são menos complexos do que a destruição dos embriões.

Outra forma de se obter células-tronco embrionárias é retirá-las de fetos abortados entre a 5<sup>o</sup> e a 9<sup>o</sup> semanas de gestação. Esta técnica também envolve muitas discussões éticas, legais e econômicas, mormente porque não se deve descartar a possibilidade de provocação do aborto para a obtenção (ou venda) do material genético. Vale lembrar que, em alguns países como o Brasil, o aborto constitui crime.

Muitas são as fontes de obtenção de células-tronco para transplantes. A prática mais consolidada de terapia celular humana, todavia, é o transplante de células-tronco hematopoéticas, também conhecido como transplante de medula óssea.

As células transplantadas podem ser obtidas da medula óssea do doador, do sangue periférico e do sangue do cordão umbilical. Não se pode negar que este transplante conta com

---

<sup>86</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco...*, op. cit.

<sup>87</sup> CONGRESSO ESPANHOL APROVA A CLONAGEM TERAPÊUTICA. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1688859-EI296,00.html>>. Acesso em 3 fev. 2008.

<sup>88</sup> BARTH, Wilmar Luiz., *Células-tronco...*, op. cit., p. 57-65.

<sup>89</sup> Id., *ibid.*

<sup>90</sup> Id., *ibid.*, p. 66-68.

um importante fator: a facilidade de obtenção das células, a exemplo dos inúmeros bancos de células do sangue do cordão umbilical<sup>91</sup>. Ademais, há grande possibilidade de transdiferenciação ou da existência na medula de células precursoras pluripotentes ou com ampla capacidade de diferenciação.

O transplante de medula óssea é utilizado no tratamento de doenças hematológicas neoplásicas (leucemias, linfomas) ou não-neoplásicas (anemia aplástica, talassemia, anemia falciforme) ou metabólicas. Neste tratamento, a medula do receptor é destruída e substituída pelas células-tronco transplantadas do doador, sendo certo ainda que tais células substitutas estão diretamente relacionadas à eliminação dos clones neoplásicos nos casos de leucemia<sup>92</sup>

Os demais tratamentos com células-tronco ainda estão em nível experimental, de maneira que os benefícios, as formas de aplicação e as indicações precisam ser consolidados.

No que tange às terapias com células-tronco hematopoéticas da medula óssea, os últimos 10 a 15 anos foram fundamentais para a descoberta de fatores que, se mais bem trabalhados, poderão aumentar a eficácia do tratamento, tais como a necessidade de se encontrar a dose celular ideal para transplante, a fim de que haja uma melhor sobrevida e um maior controle da doença.

Assim, de acordo com a doença e a disponibilidade do doador, em cada paciente deverá ser transplantada uma dose ideal de células-tronco hematopoéticas e de linfócitos, provenientes da fonte de enxerto disponível mais adequada ao caso<sup>93</sup>.

No campo da cardiologia, muitos estudos ainda deverão ser realizados para se ter noção da eficácia do tratamento com células-tronco. Um dos primeiros estudos randomizados de terapia celular em cardiologia foi realizado por KC Wollert em 60 pacientes, que haviam sido vítimas de infarto agudo do miocárdio. Tais pacientes foram submetidos à angioplastia, sendo que, pós-intervenção, metade recebeu tratamento ótimo e à outra metade, aliado a este, também fora ministrado outro tratamento: infusão intracoronária de células autólogas derivadas da medula óssea.

Aproximadamente seis meses após o evento, a metade que recebera terapia celular apresentara melhora na fração de ejeção do ventrículo esquerdo, em função do aumento da contratilidade nos segmentos adjacentes à zona de infarto<sup>94</sup>.

Persistem, todavia, muitas dúvidas acerca da terapia celular na área de cardiologia, sobretudo quanto à via de acesso mais adequada para o implante celular no coração e aos

---

<sup>91</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 57-65.

<sup>92</sup> ZAGO, Marco Antonio, *Células-tronco...*, op. cit., p. 110-113.

<sup>93</sup> Id., *ibid.*, p. 131-141.

<sup>94</sup> Id., *ibid.*

elementos reguladores dos processos envolvidos na diferenciação ou transdiferenciação de células-tronco e células progenitoras hematopoéticas em tipos celulares especializados diversos, originando cardiomiócitos e/ou vasos sanguíneos<sup>95</sup>.

Ademais, ainda estão sendo pesquisados os riscos potenciais de lesão miocárdica e formação aneurismática a curto ou longo prazo<sup>96</sup>.

Nos casos de células-tronco no sistema nervoso central, há que se observar a diversidade e a complexidade celular existente no cérebro humano.

Os progressos nessa área evidenciam que neurônios adequados para transplante podem ser derivados de cultura de células-tronco e que a neurogênese ocorre no cérebro adulto em determinadas condições fisiológicas e patológicas<sup>97</sup>.

Por outro lado, recentes descobertas possibilitaram o desenvolvimento de novas fontes de células para transplante. Isto porque células-tronco originadas de um tecido podem se diferenciar em células com fenótipos não encontrados naquele tecido, o que é muito relevante, uma vez que, em cada doença neurológica, distintos tipos de células são afetados, de forma que a reposição requer diferentes tipos de neurônios e células de suporte<sup>98</sup>.

No que concerne ao tratamento de diabetes melito, tem sido estudada a possibilidade de as células-tronco transplantadas induzirem a formação de tumores<sup>99</sup>.

Em relação a doenças auto-imunes, foram realizadas experiências internacionais e nacionais também. Internacionalmente, os transplantes demonstraram que, para doenças reumáticas graves e refratárias à terapia convencional, a terapia serviu para remissão prolongada nos pacientes, com exceção da artrite reumatóide do adulto.

Conquanto sejam resultados encorajadores, a toxicidade e a mortalidade do procedimento ainda são relevantes, mormente nos casos de pacientes com lúpus eritematoso sistêmico e esclerose sistêmica, lesionados por disfunções sérias de órgãos vitais, como pulmão e rins.

No Brasil<sup>100</sup>, em abril de 1996, foi realizado um dos primeiros transplantes de células-tronco hematopoéticas para doenças auto-imunes no Hospital Albert Einstein (SP), em uma paciente com crioglobulinemia, com obtenção de resultado favorável.

Em 1999, o procedimento foi repetido, também com sucesso. Posteriormente, inúmeros procedimentos foram efetuados para tratamento de diversas doenças auto-imunes.

---

<sup>95</sup> ZAGO, Marco Antonio, *Células-tronco...*, op. cit.

<sup>96</sup> Id., *ibid.*

<sup>97</sup> Id., *ibid.*, p. 145-155.

<sup>98</sup> Id., *ibid.*

<sup>99</sup> Id., *ibid.*, p. 159-170.

<sup>100</sup> Id., *ibid.*, p. 182-191.



Quanto às doenças genéticas, que atingem cerca de 2 a 3 % da população, infere-se que a terapia com células-tronco é uma verdadeira promessa para o futuro próximo, com diversas pesquisas no sentido de ampliar o conhecimento biológico relacionado à estratégia de tratamento.

Em verdade, pouco se conhece acerca dos sinais necessários para induzir a diferenciação de células-tronco em uma linhagem ou em um tipo celular específico, em quantidade adequada para o reparo de um tecido ou de um órgão<sup>101</sup>.

Estudos devem comprovar se as células-tronco adultas são capazes de originar diferentes linhagens ao serem injetadas, por exemplo, por via venosa ou localmente. Ainda é uma incógnita saber se a obtenção de excelente reparo tecidual necessita da pré-diferenciação *in vitro* das células-tronco antes de sua infusão ou se a sinalização local será suficiente para mediar a diferenciação celular.

Como se vê, serão indispensáveis estudos para comprovar a eficácia e a segurança da terapia celular na cura de doenças genéticas humanas<sup>102</sup>.

O tratamento ou o transplante de células-tronco, a depender da relação doador-receptor, pode ser classificado como: (i) autólogo ou autogênico – abordagem bastante recorrida nos casos de transplantes de células hematopoéticas, caracteriza-se pelo fato de que as células transplantadas são do próprio indivíduo. No caso das células-tronco embrionárias, uma forma de obtenção das células autólogas seria a clonagem terapêutica; (ii) singênico – o doador e o receptor são irmãos gêmeos univitelinos, isto é, possuem o mesmo patrimônio genético; (iii) alogênico – o doador difere do receptor, podendo ser pessoas aparentadas ou não-aparentadas; (iv) xenogênico – as células derivam de outra espécie animal (há expectativa de que estas células sejam fortes aliadas no combate a doenças humanas)<sup>103</sup>.

As experiências citadas demonstram ser indispensável a realização de mais pesquisas e testes com as células-tronco, antes de serem alcançadas conclusões acerca da eficácia do seu tratamento. Vale observar que muitos casos de sucesso não estão relacionados ao uso de células-tronco embrionárias, mas de células-tronco adultas ou extraídas do cordão umbilical ou placenta, o que tem sido omitido pela comunidade científica, a fim de legitimar as pesquisas com os embriões.

---

<sup>101</sup> ZAGO, Marco Antonio, *Células-tronco...*, op. cit., p. 197-216.

<sup>102</sup> Id., *ibid.*

<sup>103</sup> Id., *ibid.*, p. 110-113.

Vale mencionar as pesquisas divulgadas<sup>104</sup> em que os cientistas conseguiram que células comuns regredissem e se comportassem como célula-tronco embrionária, podendo ser este procedimento uma nova fonte de obtenção de tais células.

Entretanto, para que as pessoas não indaguem suas consciências sobre a ética de se destruir embriões por especulações e incertezas, o que se tem divulgado é que o uso das células-tronco retiradas da MCI dos embriões é a mais eficaz aliada da ciência na luta constante pela busca da felicidade do homem. E pior: tem-se propalado que se afigura mais nobre utilizar os embriões para as pesquisas do que meramente descartá-los. O discurso é sedutor, mas pouco ético, como será explanado adiante.

### 3.2 OS EMBRIÕES HUMANOS

O embrião representa um dos primeiros estágios de desenvolvimento do ser humano até se tornar pessoa, em toda a sua plenitude. Não há consenso ainda sobre o valor conferido ao embrião, seja no campo ético, antropológico ou jurídico.

Há uma imensa discussão ainda sobre o tema, sobretudo porque, mesmo tendo descoberto as moléculas de ADN (Ácido Desoxirribonucléico) e a estrutura do corpo humano, o homem está longe de desvendar os mistérios acerca do desenvolvimento de um bebê, como adverte Richard Dawkins<sup>105</sup>.

Muito do que se conhece atualmente acerca da vida embrionária proveio de estudos realizados nos últimos 15 anos em modelos animais, tais como o nematódeo *Caenorhabditis elegans*, o díptero *Drosophila melanogaster*, o anfíbio *Xenopus laevis*, o peixe *Danio rerio*, a ave *Gallus gallus* e o camundongo *Mus musculus*. Tais resultados, embora tenham sido inicialmente obtidos a partir de outros organismos, podem ser estendidos, até certo ponto, aos mamíferos superiores, como o *Homo sapiens*, em razão da conservação filogenética das bases moleculares do desenvolvimento embrionário<sup>106</sup>.

Biologicamente, pode-se dizer que o ciclo da vida humana se inicia com a fecundação, ou seja, com a fertilização do óvulo ou oócito (gameta feminino) pelo espermatozóide

---

<sup>104</sup> ESTUDOS MOSTRAM NOVAS FORMAS DE CRIAR CÉLULA-TRONCO EMBRIONÁRIA. Disponível em: <<http://cienciaesaude.uol.com.br/ultnot/reuters/2007/06/06/ult4296u195.jhtm>>. Acesso em 3 fev. 2008.

<sup>105</sup> DAWKINS, Richard. *O Gene Egoísta*. Rio de Janeiro: Itatiaia, 2001.

<sup>106</sup> ZAGO, Marco Antonio, *Células-tronco...*, op. cit., p. 67.

(gameta masculino), formando-se, em poucas horas, o ovo ou zigoto. Este procedimento, antes obtido apenas através da reprodução sexual, também pode ser efetuado em laboratório.

O zigoto é uma célula inicial única com dois pronúcleos e 46 cromossomos, resultante da fusão dos núcleos gaméticos feminino e masculino, sendo envolvida externamente por uma pequena massa de células foliculares e mais internamente pela zona pelúcida, e possui 0,1 a 0,2 mm de diâmetro<sup>107</sup>.

Contém a carga genética necessária ao programa de desenvolvimento do novo organismo, que é geneticamente único e não mera fusão das características de seus pais, sobretudo do conhecimento e da sabedoria por eles adquiridos ao longo da vida.

O embrião começa o caminho para o útero materno e o processo de divisão mitótica, sem aumento do seu volume citoplasmático total, dividindo-se progressivamente em 4, 6, 8, 10, 12, 14 células-filhas cada vez menores. Este processo é conhecido como clivagem e as novas células obtidas, como blastômeros<sup>108</sup>.

A partir de 4-8 células, o embrião é conhecido como mórula. A mórula é o estágio do desenvolvimento em que o embrião aparece em forma de massa celular globosa constituída por algumas células (16, 32, 64...) produzidas nas primeiras divisões da segmentação.<sup>109</sup>

Até o estágio de 8 células, aproximadamente, os blastômeros podem ser facilmente visualizados como estruturas individuais. No período de 8 a 16 células, acontece a compactação, em que os blastômeros começam a agrupar-se, potencializando o contato intercelular e formando uma esfera maciça de células, compactas internamente.

Até a fase da mórula, as células embrionárias são totipotentes, pois cada uma delas possui a capacidade de originar a gestação de um novo ser completo, incluindo as membranas extra-embrionárias e a placenta, independente daquele ser que se está formando. Contudo, esta característica irá modificar-se com o curso normal do desenvolvimento embrionário.

A mórula continua se dividindo e, quando da sua chegada à cavidade do útero após quatro dias atravessando a tuba uterina, começa a se transformar em blastocisto, composto por uma centena de células.

Nessa fase, ocorrerá a primeira diversificação celular significativa, a partir da qual aparecerão dois tipos de células: no exterior, será formada uma capa protetora, conhecida

---

<sup>107</sup> ZAGO, Marco Antonio, *Células-tronco...*, op. cit., p. 67-68.

<sup>108</sup> Id., *ibid.*, p. 68.

<sup>109</sup> LACADENA, Juan-Ramón. *Embriões humanos...*, op. cit., p. 193-195.

como trofoblasto, e, no interior, um grupo de células chamado de massa celular interna (MCI, do inglês *Inner Cell Mass* ou ICM), que delimita a cavidade central ou blastocele<sup>110</sup>.

A MCI é constituída por dois subtipos de células: (i) embrionárias pluripotentes propriamente ditas (ES), as quais constituem o epiblasto ou ectoderma primitivo, o tecido que dará origem ao embrião em desenvolvimento; e (ii) células situadas entre a MCI e a blastocele, que formarão o endoderma primitivo e atuarão na formação de algumas das membranas extra-embrionárias<sup>111</sup>.

Alcançada a fase de blastocisto, as células que o constituem deixam de ser totipotentes e passam a ser pluripotentes, posto que as células da MCI são responsáveis pela origem de todas e cada uma das linhagens do embrião em desenvolvimento (e do futuro adulto), incluindo-se a linha germinal. Excepcionalmente, grande parte das membranas extra-embrionárias e a placenta serão formadas pelos trofoblastos do trofocotodermo.

Assim, infere-se que as células da MCI possuem a capacidade de se diferenciar em qualquer dos tecidos ou órgãos do corpo humano, dada a sua pluripotência.

No caso da fecundação *in vivo*, após 14 dias, o blastocisto termina a nidação, ou seja, a sua fixação no útero materno. Nesta oportunidade, a MCI gera o disco embrionário e aparece a linha primitiva ou crosta neural. O processo de desenvolvimento humano continua e a partir da 9ª semana se inicia o período fetal, que se estende até o nascimento. O embrião humano, produto de fertilização *in vivo*, tem a sua tutela reconhecida pelo ordenamento jurídico, haja vista a incriminação do aborto em muitos países.

No caso da fecundação *in vitro*, o embrião será congelado na fase de blastocisto, antes dos 14 dias da concepção, sob pena do embrião não servir mais para ser implantado no útero materno. Assim, os embriões criados em laboratórios não chegam a desenvolver o disco embrionário e, por conseguinte, a linha primitiva ou crosta neural, pois são crioconservados em fase anterior a esta.

O embrião “de laboratório” poderá ser implantado no útero materno, utilizado para pesquisas e terapia celular, ou, ainda, ser descartado pelas clínicas de fertilização.

O objeto do presente trabalho consiste numa reflexão sobre estas alternativas e em que medida elas são legítimas, compreendendo-se que o embrião, apesar de todos os dribles lingüísticos, é, no plano do fenômeno, um ser humano em desenvolvimento.

---

<sup>110</sup> MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 26.

<sup>111</sup> Id., *ibid.*

A questão que se tem posto é a de que este ser, por suas características, ainda não merece uma tutela jurídica, a não ser a partir de certa fase e em certas situações. Eticamente, por exemplo, seria correta a destruição de um ser humano para salvar outro? Esta discussão no plano do valor é que pode afinal indicar se o embrião deve ou não ser considerado pelo direito penal como bem jurídico.

As respostas a essas perguntas não são tão simples, mormente porque a sociedade contemporânea não parece atender a padrões morais rígidos, imutáveis e com validade universal, de forma que, algumas vezes, as regras são fixadas tendo em vista, sobretudo, a utilidade e repercussão da decisão no plano individual.

O discurso acerca do potencial curativo das células-tronco embrionárias tem influenciado bastante a sociedade para permitir a destruição da vida pré-pessoal. Em verdade, são tantos os jogos lingüísticos feitos ao redor do fenômeno que a sociedade ainda não chegou a um consenso acerca de como o embrião deve ser encarado e designado, se emaranhado de células, ser humano ou pessoa.

### 3.2.1 O embrião é um ser humano

Os avanços no campo da biotecnologia são recentes, mas as discussões sobre o estatuto ético-antropológico do embrião humano remontam à antiguidade, haja vista a necessidade de se alcançar um consenso ético e jurídico acerca da incriminação do aborto.

Uma visão histórica do tratamento dispensado ao embrião pode revelar que muitas das posições contemporâneas ainda se valem de argumentos antigos. Assim, pode-se encontrar, na Antiguidade, relevo emprestado ao aspecto morfológico que determinaria a individuação do embrião humano. Este critério ainda está presente em alguns textos atuais, tais como o relatório Warnock – década de 80 do século XX–, o qual estabelece o marco do 15º dia para o reconhecimento da individualidade humana em função do critério morfológico ou anatômico – o final da gastrulação e o início da neurulação marcaria o começo das diferenciações morfogênicas (princípio da organogênese)<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> BOURGET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002. p. 55-56; 91.

Para Aristóteles<sup>113</sup>, o embrião, nos primeiros estágios do ciclo vital não é um ser humano, pois não é um organismo formado, é um agrupamento de carnes indiferenciadas, não menos vivo que as plantas. Embora reconheça a criação de um novo ser a partir da fecundação, Aristóteles entende que um indivíduo emerge no quadragésimo dia quanto ao macho e no vigésimo quarto dia quanto à fêmea.

Para Aristóteles<sup>114</sup>, a individuação não está associada apenas ao aspecto humano, mas também ao aparecimento da alma humana quando da diferenciação do embrião.

Tomás de Aquino<sup>115</sup> tem uma percepção do embrião semelhante à de Aristóteles. Não acredita, entretanto, em uma sucessão de almas – vegetativa, animal e humana/racional –, mas em uma destruição das almas anteriores – vegetativa e animal – por Deus, ao produzir uma forma vivente mais perfeita.

Nos teólogos medievais, a individuação humana se identifica com a tomada do zigoto pelo espírito<sup>116</sup>.

Muitas teorias surgiram ao longo da História acerca do embrião humano, sendo uma das mais respeitadas a de Kant<sup>117</sup>, que entende que o embrião é pessoa no sentido moral, mesmo que não o seja no psicológico, isto porque, na sua visão, a procriação constitui o começo de uma pessoa.

Na bioética contemporânea, a individuação do embrião passou a ser considerada como condição necessária, mas não suficiente da personalidade, de forma que alguns bioeticistas verão no surgimento desta ou daquela qualidade (vida mental, consciência moral) o momento em que o ser humano se torna pessoa.

Outros o definem como pessoa humana potencial, partindo de uma personalização progressiva (ontogenética), como se posiciona o Comitê Francês de Ética<sup>118</sup>. O que se verifica é que as correntes bioéticas discutem, a partir de dados biológicos, a natureza do embrião como se estes fossem decisivos.

No presente trabalho, a posição defendida é a da bioética personalista, do personalismo ontologicamente fundado, representada por Elio Sgreccia, na qual o embrião é considerado como ser humano a partir da fecundação, que consiste no início de tudo, no estágio mais primário do ciclo vital. Não há como considerar que o estágio inicial da vida seja na metade ou no final do processo de constituição do corpo humano – pressuposto para a

<sup>113</sup> BOURGET, Vincent. *O ser em gestação...*, op. cit., p. 92-107.

<sup>114</sup> Id., *ibid.*

<sup>115</sup> Id., *ibid.*

<sup>116</sup> Id., *ibid.*, p. 105.

<sup>117</sup> Id., *ibid.*, p. 99.

<sup>118</sup> Id., *ibid.*, p. 107.

existência do ser humano –, mas no seu ponto de partida, a fusão dos gametas masculino e feminino.

Existem vários pesquisadores, que podem ser agrupados em uma corrente chamada gradualista, distinguem o início da vida humana a partir de fases do desenvolvimento embrionário, considerando o surgimento do ser humano quando da manifestação de determinadas características.

Adeptos dessa teoria acreditam na existência da figura do pré-embrião, que seria um estágio da vida pré-pessoal no qual ainda não se teria formado a estria primitiva – cuja ocorrência se dá em torno do 14º dia.

Essa noção foi cunhada pelos membros da European Science Foundation, em 1985<sup>119</sup>, e ratificada pelo Relatório Warnock, como uma forma de justificar a possibilidade de utilização do pré-embrião para pesquisas e terapia celular.

Por esse entendimento, não há razão para resistência à liberação dos embriões congelados para experimentos, posto que não seriam seres humanos, mas pré-embriões, pré-seres humanos. Em outras palavras, o pré-embrião poderia ser usado nas experiências sem suscitar os polêmicos debates éticos, já que a vida se iniciaria com o embrião.

No fundo, essa bipartição é fruto da tentativa de justificar, no plano da linguagem, a destruição dos pré-embriões. É imensa a dúvida acerca da existência desta divisão na prática.

O que se percebe é que essas questões vieram à tona exatamente no momento em que os defensores do uso dos embriões necessitavam de uma justificativa para superar os problemas de ordem ética.

Dentro das fases do ciclo vital, encontram-se embrião, feto e nascido. Não há espaço para a figura do pré-embrião, que, ontologicamente, não se diferencia do embrião.

Há, em verdade, um processo biológico em que a estrutura primitiva se desenvolve em uma estrutura madura, há uma predeterminação do organismo a se desenvolver e a atingir esta maturidade. Isso comprova, ao contrário do que os gradualistas pretendem, que o conceito é um conjunto auto-organizado de células com capacidade de desenvolvimento.

É sempre o mesmo ser humano que evolui desde a concepção até o alcance da maturidade plena de pessoa humana, o que afirma a sua unicidade.

Vale mencionar aqui a opinião de Nilson Sant'Anna<sup>120</sup>, manifestada no 1º Congresso Brasileiro de Medicina Legal, para o qual cabe àqueles que não vêem no embrião um ser humano responder qual a natureza desta vida: inumana, animal ou vegetal.

---

<sup>119</sup> BOURGET, Vincent. *O ser em gestação...*, op. cit., p. 59.

Indo mais além, Heloisa Barboza<sup>121</sup> aduz que, em princípio, resistia à atribuição da natureza de pessoa ao embrião. Refletindo, todavia, acerca da qualificação adequada para a vida pré-pessoal, tal autora chegou à conclusão de que ao embrião deve ser conferida a condição de pessoa, uma vez que ele não é coisa, tampouco objeto de direitos. Alega ainda que, por tal razão, devem ser considerados ilícitos quaisquer atos de disposição do embrião como se coisa fosse.

Assim, o embrião congelado é um ser humano desde a concepção, possuindo, desde já, autonomia genético-biológica<sup>122</sup> que lhe assegura a mesma natureza essencial até a vida adulta – com alteração nos atributos de tamanho e função.

Não persistem os argumentos daqueles que lhe recusam a individualidade, como a gemelidade univitelina, o quimerismo, os anexos embrionários, a inexistência de linha primitiva, de sistema nervoso central ou de forma humana, e a dependência em relação à mãe.

O argumento da gemelidade univitelina aduz que, do embrião, podem surgir dois ou mais seres, a partir da clivagem do ovo fecundado, não havendo unidade ontológica. Este argumento não pode prosperar.

A biologia ainda não tem absoluto domínio do conhecimento sobre os gêmeos univitelinos, mas há idéia de que a formação dos gêmeos se encontra inscrita na programação genética do zigoto<sup>123</sup>, sendo certo que essa clivagem do conceito não ocorre necessariamente antes da nidação –14º dia –, mas pode iniciar-se durante ou após a sua fixação no útero materno<sup>124</sup>.

Ademais, há aproximadamente 3,5 a 4 gêmeos univitelinos para cada 1000 nascimentos, de forma que não há como assumir esta característica como universal. Não é equiprovável que todo o embrião se cinda em dois e não há como generalizar o resultado da cisão, que é uma anomalia.

Ainda quanto aos gêmeos univitelinos, vale trazer o argumento de P. Singer<sup>125</sup>, citando o exemplo de Mary, Jane e Helen, de que, no processo de cisão, um se torna dois, o zigoto inicial permanece em um dos gêmeos, de forma a não se identificar sequer quem provém de quem.

---

<sup>120</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 387.

<sup>121</sup> Id., *ibid.*, p. 391.

<sup>122</sup> Id., *ibid.*, p. 385.

<sup>123</sup> BERIANIN, Iñigo De Miguel. *El embrión y la biotecnología: um análisis ético-jurídico*. Granada: Ed. Comares, 2004. p. 80-123.

<sup>124</sup> BOURGET, Vincent. *O ser em gestão...*, op. cit., p. 69.

<sup>125</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.166-167.



Com efeito, não há como subsistir esse argumento. Primeiro, porque em tese nada impede que seja identificado o embrião inicial, ainda que os gêmeos sejam geneticamente idênticos. Segundo, porque a cisão do zigoto é um fenômeno extracelular, de forma que não há o desaparecimento da célula-mãe para se tornar duas. O embrião não se divide em dois, mas origina outro sem perder a sua individualidade. O que ocorre é a regeneração do ovo, a capacidade das suas partes constituintes de continuar o seu desenvolvimento independente da separação. Isto confirma o caráter de sistema do embrião humano<sup>126</sup>.

Vale observar que o homem adulto, em muitas vezes, faz uso da sua capacidade de regeneração sem com isto perder a sua individualidade.

Quanto ao quimerismo<sup>127</sup>, não há como perder de vista que causas exteriores podem interromper o desenvolvimento embrionário, o que não autoriza a se afirmar categoricamente que isto lhe retira a capacidade de se desenvolver autonomamente.

No que tange aos anexos embrionários, alega-se que uma pequena parte do ovo – o botão embrionário – se transformará em feto e o restante das células dará origem aos anexos (placenta, cordão umbilical, etc.). Há a suposição equivocada de que o zigoto é formado por partes heterogêneas e que isto macularia a sua unidade individual. Em verdade, como pondera Bourget<sup>128</sup>, este argumento remete ao futuro do próprio embrião e o faz retroagir para o presente. Com efeito, esta tese não se sustenta, pois, dada a renovação celular, o organismo humano adulto também deixa para trás de si partes heterogêneas e nem por isso tem questionada a sua individualidade<sup>129</sup>.

A tese do surgimento da estria primitiva, defendida por MacLaren, Donceel e Grobstein<sup>130</sup>, alega que o embrião só pode ser considerado como ser humano após o aparecimento da estria primitiva, que consiste na primeira manifestação do sistema nervoso, um princípio de cérebro.

Tal fato ocorre por volta do 14º dia da fecundação. Esta posição é adotada pela Comissão Waller australiana para embasar a diferenciação do *status* do embrião e a sua respectiva tutela jurídica.

---

<sup>126</sup> BOURGET, Vincente. *O ser em gestão...*, op. cit., p. 76-77.

<sup>127</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco...*, op. cit., p. 161-162.

<sup>128</sup> Id., *ibid.*, p. 62.

<sup>129</sup> Id., *ibid.*, p. 153-168.

<sup>130</sup> BERIANIN, Iñigo de Miguel, *El embrión...*, op. cit., p. 80-123.

Entretanto, a estria primitiva não altera a constituição orgânica do embrião, dando-lhe uma individualidade que já não existisse antes. Ademais, há quem sustente que o óvulo fecundado possui em si um projeto de estria primitiva<sup>131</sup>.

Outro argumento em desfavor da individualidade do embrião, notadamente o congelado, é a formação do sistema nervoso, o sinal de atividade cerebral por eletroencefalograma. Esta teoria procura associar o início da vida ao mesmo critério utilizado para se detectar o seu final: a existência de atividade cerebral. Com isto, o ser humano surgiria a partir do 57º após a concepção<sup>132</sup>. Defendem esta corrente Goldening, Engelhardt e Singer<sup>133</sup>.

Embora pareça lógico e coerente o reconhecimento do mesmo critério para se aferir os extremos da vida humana, não há como se atribuir individualidade ao embrião a partir do critério da atividade neural. Isto porque inexistente simetria entre os limites inicial e final da vida, já que a morte cerebral apaga a potencialidade corporal, enquanto a fase anterior ao 57º dia se caracteriza exatamente pela possibilidade latente de vida cerebral<sup>134</sup>.

O critério morfológico, utilizado na Antiguidade, deve ser superado, haja vista que o ser humano deve ser considerado existente desde o primeiro momento de constituição do corpo humano, a fecundação.

A corrente reducionista entende ainda como critério de aferição da condição de ser humano, a nidação, a partir da qual passa a existir relação mãe-feto.

A partir de dados biológicos, acredita-se que, aproximadamente duas semanas após a fecundação, a mulher começa a ter consciência da presença do embrião no seu organismo. Ser humano, assim, seria aquele com capacidade de manter relações.

De fato, sem a fixação no útero materno não há, ainda, como o embrião se desenvolver para alcançar o estágio de pessoa adulta. Contudo, a nidação não acrescenta humanidade ao embrião, tampouco a atitude psicológica da mãe em relação a ele. Ontologicamente, nada muda. A autonomia do embrião e da mãe não é alterada pela relação estabelecida. Não há um parasitismo. O embrião necessita do organismo da mãe da mesma maneira que a pessoa adulta precisa de ar e de alimentos para sua sobrevivência.

Quanto ao argumento da capacidade relacional e da consciência do embrião, cumpre observar que, no curso da vida, pessoas adultas podem, temporária ou permanentemente,

---

<sup>131</sup> BERIANIN, Iñigo de Miguel, *El embrión...*, op. cit.

<sup>132</sup> Id., *ibid.*

<sup>133</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 153-168.

<sup>134</sup> Id., *ibid.*

deixar de ter o pleno gozo de suas faculdades mentais e nem por isso o Direito deve suspender a proteção conferida a tais pessoas.

A corrente reducionista visa demonstrar a impossibilidade de existência de uma vida individual até o 14º dia, justificando a utilização dos embriões congelados em pesquisas e terapia.

Contudo, como já assinalado anteriormente, neste trabalho será assumida a posição no sentido de que a condição de ser humano do embrião existe desde o instante da fusão entre o ócito e o espermatozóide.

Os gametas isoladamente não devem ser tratados como seres humanos, mas o ser proveniente da sua união é uma nova individualidade. Assim, o embrião é um ser humano desde a fecundação e qualquer posição em contrário pode representar mera e conveniente convenção designativa.

#### 4 ASPECTOS ÉTICOS DO USO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

São muitas as posições e teorias formuladas acerca da condição do embrião; o que se infere é que a humanidade considera ou deixa de considerar alguém como seu semelhante muito mais por estipulação (atribuição de condições) do que propriamente por questões de formação de individualidade, biológicas ou outras ligadas à existência do ser consciente e autônomo. Em outras palavras, considerar o embrião um ser humano é muito mais uma decisão pessoal do que ontológica.

Vale ressaltar que, na história da humanidade, outros seres humanos também foram desconsiderados como tal para atender a um determinado interesse, como é o exemplo dos judeus, dos prisioneiros russos e homossexuais durante a Segunda Guerra Mundial. Os integrantes do nacional-socialismo, equivocadamente, não os viam como semelhantes, como iguais, de forma que as experiências atrozes realizadas nos campos de concentração não conseguiam despertar qualquer sentimento ético nos médicos nazistas. O mesmo acontece com os embriões.

As pessoas ainda não vêem, consensualmente, o embrião como semelhante, como membro da espécie humana. Quando se pensa na destruição dos embriões, não se pensa na destruição de um ser humano, de um igual.

É como se o embrião fosse uma realidade distante, equivalente a mero amontoado de células humanas ou a um animal de outra espécie, ou mera parte do corpo humano (cacho de células, por exemplo). A designação serve, como diz Maria Auxiliadora Minahim<sup>135</sup>, para criar a impressão de que a realidade fenomênica é diversa, quando na realidade é a mesma.

Trata-se de manipulação da linguagem com o fim de conseguir diminuir ou apagar a censura que a comunidade pode fazer a respeito da destruição destes seres.

Outros reconhecem essa qualidade apenas nos embriões gerados no próprio país, como os alemães que permitem a realização de pesquisas com embriões importados de outros países, mas não com os nacionais. Os embriões importados não são enxergados como da mesma espécie, como semelhantes<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 79-93.

<sup>136</sup> Esse tratamento diferenciado dos embriões importados e dos nacionais não se torna irreal se se recordar que, na Alemanha, o estrangeiro pode ser preso provisoriamente para averiguações, sem que tenha praticado qualquer ato suspeito. Ou seja, pela simples condição de estrangeiro.

A manipulação das informações referentes às promessas da medicina regenerativa tem potencializado a instrumentalização da vida pré-pessoal pelo homem.

A análise dos procedimentos de FIV – Fertilização *In Vitro* evidencia como o embrião tem sido, muitas vezes, tratado como objeto ou coisa, acarretando até mesmo o direito de propriedade dos pais. Exemplo disto é a criação indiscriminada de embriões supranumerários para garantir o sucesso da fertilização.

A geração de embriões excedentários, em princípio, ocorre basicamente por dois motivos: (i) evitar que a mulher se submeta várias vezes ao procedimento de estímulo na ovulação e de retirada dos óvulos; e (ii) impedir que novas tentativas de fertilização sejam realizadas em razão do custo elevado da técnica.

Para as empresas pesquisadoras, todavia, representa a possibilidade mais fácil de conseguir células-tronco embrionárias. A tendência é que os pais procedam à doação dos embriões excedentes às clínicas, seja pela insuficiência de recursos financeiros, seja pela realização do projeto parental idealizado, seja por altruísmo.

Às vezes, os pais nem sequer são consultados ou participam do processo de escolha da quantidade de embriões que será criada<sup>137</sup>.

O conhecimento científico e a comercialização dos embriões são fontes de lucros. As empresas produzem linhas celulares, patenteiam-nas e vendem-nas. Há notícias da existência de mercado de compra e venda de patentes de novos medicamentos, óvulos, esperma, úteros, clones, cadáveres, fetos vivos e mortos, órgãos, seres humanos e, claro, de embriões<sup>138</sup>.

Vale mencionar que P. Singer<sup>139</sup>, conquanto defensor de que o embrião não possui direito à vida ou à integridade física, se opõe veementemente à comercialização de todos os aspectos da vida, sobretudo do tecido fetal, por entender que “[...] por um grande número de razões, talvez seja melhor que existam coisas que o dinheiro não possa comprar”.

No Brasil, infelizmente, não há legislação restringindo a criação de embriões nas técnicas de reprodução assistida. Na Espanha, contudo, a Lei nº 45/2003<sup>140</sup> impõe uma limitação quantitativa de três embriões a serem transplantados ao útero materno, o que provoca a redução do número de óvulos fecundados nas técnicas de reprodução assistida.

---

<sup>137</sup> BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco e Bioética: o progresso biomédico e os desafios éticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. p. 181.

<sup>138</sup> Id., *ibid.*, p. 239.

<sup>139</sup> SINGER, Peter, *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 178.

<sup>140</sup> CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 292-308.

Estabelece também que os embriões porventura excedentes devem ficar crioconservados durante o período de vida fértil da mulher, ao final do qual podem ser mantidos na mesma situação, doados ou destruídos.

Existem alternativas para a criação de embriões excedentes sem o comprometimento do sucesso das técnicas de reprodução assistida, como o congelamento de óvulos<sup>141</sup>.

O embrião supranumerário é valorado diferentemente daquele destinado à implantação no útero materno, embora ambos sejam ontologicamente iguais. No fundo, o excedente é tratado como uma reserva de material genético, da qual se poderá dispor a qualquer momento para utilização ou para descarte, caso não seja mais útil.

Autores, como Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho<sup>142</sup>, acreditam que a vida, a existência físico-biológica – mais uma designação com propósito pragmático – e a dignidade do embrião sobrando não devem ser objetos de proteção jurídico-penal, pois este não pode ser equiparado nem àqueles destinados à implantação no útero materno nem ao ser humano em gestação ou nascido.

A possibilidade de os pais consentirem na doação ou destruição dos embriões excedentes reflete a “coisificação” destes, na medida em que há verdadeira disposição da vida pré-pessoal, como se sobre esta pudesse existir direito de propriedade.

O embrião é visto como objeto, como material genético despreendido dos organismos paternos e equiparado a carros, apartamentos e roupas. O embrião não é bem material, tampouco a mera soma dos gametas masculino e feminino. O embrião é um único e novo ser humano. A função dos pais é tutelar os interesses e direitos do embrião, não lhe decidir o destino. Os pais não possuem o direito de determinar o futuro de crianças nascidas, igualmente seus filhos, de sorte que não lhes pode ser facultado dispor dos embriões.

Essa disposição da vida embrionária acarreta o risco de os pais se renderem à comercialização desses embriões, já que o retorno financeiro é tentador. A proibição legal do comércio não obsta, por si só, a sua prática. Nos Estados Unidos, por exemplo, há catálogos de doadores de óvulos e espermatozóides, com elevados preços<sup>143</sup>.

É evidente que o homem está instrumentalizando a si próprio, ainda que nos primeiros estágios de desenvolvimento do ciclo vital, comprometendo a sua natureza humana. Um dos grandes diferenciais do homem perante os seres de outras espécies é exatamente o respeito à

---

<sup>141</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 181.

<sup>142</sup> CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. *A Lei de Biossegurança...*, op. cit.

<sup>143</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 244.

sua qualidade de ser humano e, portanto, a impossibilidade de servir como objeto para outrem.

Para Kant<sup>144</sup>, moralmente é tão inaceitável o homem servir de instrumento para outrem que o direito de punir deve-se justificar tão-somente pela própria conduta praticada e não para fomentar um bem para a sociedade ou para o próprio delinqüente, nem por razões de utilidade social.

O embrião não pode servir de instrumento a outrem por se tratar de ser humano. O ser humano é um fim em si mesmo e não meio para a satisfação de interesses alheios, ainda que se classifique como eticamente superior a destruição dos embriões nas investigações científicas para o bem da humanidade.

Nesse sentido, alguns cientistas aduzem que o embrião seria “socialmente útil”<sup>145</sup>, pois proporcionaria benefícios para muitas pessoas ao invés de ser meramente destruído. Como visto acima, as possibilidades terapêuticas com células-tronco são muitas, mas não se encontram restritas às provenientes do embrião. Ao contrário, o potencial curativo das células-tronco maduras é imenso.

A tese do “socialmente útil” remete à ausência de respeito da sociedade para com aqueles que não contribuem para a produção de riquezas, como idosos aposentados, crianças, doentes mentais.

Não se pode ignorar a existência de situações em que a morte de um ser humano enseja benefícios para outros ou que alguém oferece a própria vida em prol de um bem maior. Matar o embrião, entretanto, na expectativa de salvar as pessoas não pode ser eticamente aceito, em função da evidente instrumentalização do ser humano.

Vidas não devem ser valoradas. Não há como sustentar que a vida de um ser valha mais que a de outra, independente de quem se trate. Não se deve esquecer o estarecimento mundial com as cruéis experiências efetuadas nos campos de concentração na Alemanha da Segunda Guerra, dentro dos quais fábricas de grandes conglomerados farmacêuticos se beneficiaram com a morte de prisioneiros russos, homossexuais e judeus.

O reconhecimento da dignidade do homem não permite o sacrifício de um ser vivente para a cura de outro doente. É inaceitável eticamente um argumento que expressa a lógica utilitarista, tão combatida pela Bioética<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Apud BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral I. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84-85.

<sup>145</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 172.

<sup>146</sup> A Bioética surgiu para intermediar o complexo relacionamento entre a ciência e a ética e resguardar a dignidade humana, como um freio à visão utilitarista.

É de se indagar ainda quem poderá ser beneficiado com as células-tronco embrionárias, já que as descobertas geralmente são patenteadas e vendidas, e os tratamentos não estão ao alcance de muitos em virtude do custo elevado.

Por outro lado, alguns cientistas defendem a utilização dos embriões excedentes sob a justificativa de que seriam portadores de anomalias cromossômicas ou alterações genéticas, o que os impediria de se desenvolver até a vida adulta.

Existem três aspectos a serem considerados aqui. Em primeiro lugar, nem todo embrião supranumerário é portador de deficiência cromossômica. Há aqueles embriões que simplesmente não foram escolhidos para implantação uterina. Em segundo lugar, anomalia não retira a condição de ser humano, sob pena de se excluir deste rol, por exemplo, aqueles que possuem síndrome de *down*. Em terceiro lugar, o argumento da inviabilidade para se tornar pessoa adulta é deveras perigoso, haja vista que não há como se atestar com absoluta certeza que o embrião não se desenvolverá.

No que tange à inviabilidade, ainda se deve refletir sobre os jogos lingüísticos que têm sido realizados. O termo inviabilidade, inicialmente, designava aqueles embriões que por razões biológicas não teriam condições de desenvolvimento até a fase de pessoa. Contudo, tal significado restringia bastante o campo de incidência das pesquisas, de forma que a “solução” adequada foi a alteração do sentido da expressão “embrião inviável”.

Atualmente, a inviabilidade do embrião abrange tanto aquela inabilidade própria de gerar uma pessoa adulta por questões biológicas quanto, principalmente, a não inclusão daquele embrião no projeto parental dos doadores.

Assim, embrião inviável também é aquele produzido em laboratório pela técnica de FIV – *fertilização in vitro*, que não foi implantado no útero materno e que os genitores não pretendem mais que o seja futuramente. São, enfim, os embriões excedentes das técnicas de FIV, cujos doadores não desejam a sua inclusão no projeto de formação de uma família.

Quando um casal procura uma clínica de fertilização *in vitro*, geralmente tem noção da quantidade de filhos a serem gerados para aquela família. Contudo, já foi dito acima que, por diversas razões, vários óvulos são fecundados acarretando uma sobra de embriões criados em laboratório, que não terão “serventia” para aquele casal, já que o número de filhos pretendidos já fora alcançado. A família está completa, o projeto parental fora realizado. Estes embriões excedentes são considerados, portanto, inviáveis.

Há flagrante deturpação do termo inviabilidade para atender aos interesses daqueles que querem a liberação das pesquisas com células-tronco obtidas da MCI do embrião. É



evidente a ampliação do número de embriões que poderão ser utilizados caso a inviabilidade seja encarada como esta ausência de destinação uterina.

No Brasil, a possibilidade de prática da conduta incriminada, no artigo 24, da Lei de Biossegurança reduz bruscamente, uma vez que o legislador permitiu que fossem usados nas pesquisas os embriões inviáveis, sem que houvesse dado qualquer esclarecimento no texto legal acerca do que se entende por inviabilidade. A proibição recairia tão-somente na utilização dos embriões criados para implantação no útero materno.

E não se diga também que a intervenção científica nos embriões para extração das células-tronco não enseja a destruição destes. Para refutar tal fato, basta observar que o Direito Português prevê como crime, punido com prisão de 1 a 5 anos, a implantação de embriões que tenham sido objeto de experimentação<sup>147</sup>.

A preocupação portuguesa em disciplinar normativamente a não implantação uterina de embriões manipulados não é infundada. Acredita-se que biologicamente não seja possível a retirada das células-tronco em um determinado estágio de desenvolvimento do embrião, o blastocisto, sem prejudicar a sua evolução natural, a sua constituição orgânica.

Cientistas da empresa norte-americana Advanced Cell Technology (ACT) noticiaram em 2006, a possibilidade de extração de células-tronco sem a destruição dos embriões<sup>148</sup>. Esta notícia, todavia, ainda não deve ser festejada pela comunidade, seja por não ter sido confirmada cientificamente, seja porque não elimina todos os óbices éticos relativos às células-tronco embrionárias.

Por outro lado, não é ético valorar a vida pré-pessoal de acordo com os sentimentos dos pais, como propõe Engelhardt<sup>149</sup>, quando aduz que se o embrião representar o filho esperado por um casal deve ser valorizado, o que não acontece se representar o rompimento de planos.

O entendimento de Engelhardt representa acentuada instrumentalização do embrião, fazendo com que seu valor resulte do arbítrio da pessoa, deixando de reconhecer que, por sua própria natureza, ele tenha em si mesmo uma importância própria da humanidade. No entanto, como alega A. Serra<sup>150</sup>, qualquer ação realizada é ilegítima se não objetivar o benefício para o próprio embrião, sem lhe oferecer risco desproporcionado.

---

<sup>147</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal e Biotecnologia*, op. cit., p. 104.

<sup>148</sup> AMERICANO PRODUZ CÉLULA-TRONCO "ÉTICA". Disponível em: <[http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read\\_article.php?articleId=1036&highlight=destruir](http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read_article.php?articleId=1036&highlight=destruir)>. Acesso em 3 fev. 2008.

<sup>149</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*, São Paulo: Loyola, 1998. p. 181.

<sup>150</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 178.

O tratamento dispensando ao embrião reflete o que a humanidade tem para oferecer a si mesma<sup>151</sup>. O dano ao ser humano é uma agressão à humanidade, já que todos se encontram unidos por uma solidariedade ontológica. Respeitar o embrião é respeitar a humanidade (espécie), e o inverso também.

Ao tratar do debate sobre a legalização ou não do aborto, Dworkin<sup>152</sup> afirma que a divergência de opiniões decorre do valor que une os seres humanos: a santidade ou a inviolabilidade de cada etapa de toda e qualquer vida humana que é interpretada distintamente por culturas, grupos ou pessoas diferentes. Dworkin<sup>153</sup> ainda alega que ambas as correntes, liberal e conservadora, entendem que a vida humana tem em si mesma um significado moral intrínseco, de modo que é um equívoco pôr fim à vida quando não estão em jogo os interesses de alguém.

De fato, é ínsito à vida humana tal valor moral que, às vezes, mesmo diante da execução sumária de um criminoso, as pessoas tendem a se apiedar e a se sentirem igualmente feridas na sua dignidade. Igual sentimento é despertado quando se divulgam notícias de pessoas que, por atentarem à moral ou praticarem crimes, sofrem penas cruéis, são mutiladas ou apedrejadas.

É inaceitável, todavia, pôr fim à vida humana sob qualquer aspecto ou condição, independentemente da existência de outros interesses. É o caso do embrião cuja vida deve ser preservada.

Habermas<sup>154</sup> aduz a necessidade de se refletir até que ponto os avanços biotecnológicos comprometem a autoconsciência ética da espécie humana, a forma como o homem vê e compreende a si mesmo enquanto ser livre, construtor da própria história de vida e dotado de autonomia.

Para Habermas<sup>155</sup>, citando Wolfgang van den Daele, as descobertas científicas apenas poderão ser normativamente freadas a partir da moralização da natureza humana.

Segundo Habermas<sup>156</sup>, a utilização dos embriões nas pesquisas científicas deve ser enfrentada a partir da análise da instrumentalização da espécie humana, desprezando-se a discussão acerca de ser o embrião sujeito de direitos ou não.

---

<sup>151</sup> BARTH, Wilmar Luiz, *Células-tronco...*, op. cit., p. 185.

<sup>152</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Traducción Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994. p. 340-341.

<sup>153</sup> Id., *ibid.*, p. 47.

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 33-41.

<sup>155</sup> Id., *ibid.*, p. 34.

<sup>156</sup> Id., *ibid.*, p. 33-63.

É imperioso que o homem reflita sobre o seu futuro e se posicione sobre o que deseja: ser refém dos avanços biotecnológicos, perdendo a sua própria identidade ou pôr a ciência a seu favor, continuando a ser o autor da sua história de vida.

Zizek<sup>157</sup> faz interessante observação no sentido de que a redução do homem a mero objeto natural manipulável fará com que seja perdida não apenas a humanidade, mas também a própria natureza. Isto porque, citando Francis Fukuyama, Zizek<sup>158</sup> afirma que o homem prescinde de certa natureza humana, de uma dimensão impenetrável em si mesmo.

Não obstante todas as questões éticas suscitadas acima, as pesquisas e terapia celular com embriões humanos são permitidas em alguns países como Inglaterra, Finlândia, Grécia, Suíça, Holanda, China, Estados Unidos – nos Estados da Califórnia e New Jersey –, Reino Unido, Austrália, Canadá, Japão, África do Sul e Alemanha, este último apenas com embriões importados<sup>159</sup>.

Não se defende, no presente trabalho, o desprezo pelos avanços da biotecnologia e pelas inúmeras possibilidades que isto tem proporcionado para a qualidade da vida humana, notadamente no sentido de minimizar os sofrimentos.

O que se propõe, todavia, é que o homem adicione ao desejo de imortalidade a reflexão quanto aos seus aspectos éticos. E eticamente é incorreta a destruição da vida embrionária para fins de pesquisa e terapia celular, posto se tratar o embrião de ser humano, não passível, portanto, de servir como meio para o alcance de qualquer fim.

---

<sup>157</sup> ZIZEK, Slavoj. A falha da bio-ética. Tradução Luís Roberto Mendes Gonçalves. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p.1, jul. 2002.

<sup>158</sup> Id., *ibid.*

<sup>159</sup> PAÍSES ONDE É PERMITIDO USAR CÉLULAS-TRONCO. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/celula-mae3.htm>>. Acesso em 3 fev.2008.

## 5 A BIOTECNOLOGIA E O DIREITO PENAL

Os avanços biotecnológicos, provenientes da sociedade pós-moderna, carregam em si tanto a possibilidade de cura para inúmeras patologias quanto a capacidade de lesão ou perigo de lesão de novos interesses, alguns deles considerados essenciais.

A intervenção do Direito Penal na tutela desses interesses, todavia, não é pacífica na doutrina. Discute-se, amplamente, se, e como, o Direito Penal clássico tutelar os novos interesses e se lhes conferirá a natureza de bens jurídicos.

As dificuldades decorrem de várias questões, uma das quais diz respeito à natureza dos interesses que se sobrepõem aos individuais e assumem características de grandes riscos que podem devastar a humanidade.

De outro lado, também se indaga como o direito punitivo protegerá os bens jurídicos tradicionais das novas formas de atuação da criminalidade.

A sociedade pós-industrial ou pós-moderna foi estudada por Ulrich Beck, que a denominou de sociedade do risco. Os avanços tecnológicos incidentes na produção social da riqueza, no sonho de longevidade do ser humano, aliados à globalização, criaram conflitos diferentes dos que existiam antigamente.<sup>160</sup>

A sociedade industrial, não tão distante, restringia a sua preocupação a problemas que afetavam o homem, individual ou comunitariamente, produzidos por acontecimento natural ou ações humanas próximas e definidas.

Isso acarretava a proteção a bens individuais, à segurança física, à proteção da vida, da integridade corporal, psíquica, da saúde, da propriedade, do patrimônio.<sup>161</sup> Enfim, não havia a previsão de alguma conduta desconhecida que pudesse atingir a humanidade inteira, causar temores metaindividuais.

A era pós-industrial anuncia um novo panorama. Atualmente, a necessidade de proteção legal abrange os bens jurídicos acima mencionados, que têm sido afetados de maneira diversa da convencional, mas também novos valores de caráter supra-individual.

A proteção do meio ambiente, por exemplo, visa impedir que possam ser danificados ou postos em perigo os recursos naturais ou culturais, a salubridade e higiene da biosfera,

---

<sup>160</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28-29.

<sup>161</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, p. 39-65, 2001.

assim como a própria vida das futuras gerações com o crescimento de problemas como o efeito estufa, a destruição da camada de ozônio.

O homem conquista cada vez mais o poder, não mais o poder do capital, mas do conhecimento, do avanço tecnológico, da ciência, da produção social de riquezas. Os riscos agora são bem diferentes, sobretudo por dois aspectos relevantes: a dimensão e a causa da ameaça.

Como se pode notar, as ameaças atuais ultrapassam as fronteiras territoriais, sociais e econômicas. Parece evidente o surgimento de novos valores e interesses indispensáveis à existência do homem e ao seu desenvolvimento enquanto comunidade.

Contudo, apesar da sociedade do risco “incriminadora”, houve o fortalecimento da noção de Estado de Direito Democrático e Social, baseado no princípio da proteção do bem jurídico como fator preponderante para a incriminação de condutas e em um Direito Penal pautado na intervenção mínima, na subsidiariedade, na fragmentariedade, no garantismo, na individualização da responsabilidade.

Responder se o Direito Penal liberal poderá proteger os valores novos sem violar os princípios consolidados em uma democracia constitucional não constitui tarefa fácil.

A esse respeito, convém citar o apanhado realizado por Auxiliadora Minahim<sup>162</sup>, que aponta que os autores se agrupam, basicamente, em três diferentes posições quanto ao papel do Direito Penal na sociedade do risco: alguns defendem a expansão e realinhamento da dogmática, conservando-se certos princípios garantísticos; outros entendem pela preservação das garantias clássicas e, portanto, pelo fechamento do Direito Penal em um núcleo básico; 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.

Hassemer<sup>163</sup>, por exemplo, acredita que há uma flagrante contrariedade entre os postulados do Direito Penal clássico e do moderno. Já Figueiredo Dias<sup>164</sup> entende que somente o Direito Penal poderá proteger a humanidade quanto aos novos riscos.

O Direito de Intervenção proposto por Hassemer significaria profunda reforma na legislação penal, com a descriminalização de um sem número de condutas, todas relegadas à proteção do Direito Civil ou Administrativo. Tal idéia, conquanto inicialmente atraente, revela-se preocupante pela redução das garantias penais.

---

<sup>162</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

<sup>163</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*, op. cit., p. 183-185.

<sup>164</sup> Id., *ibid.*

Para outros, contudo, em razão da relevância dos bens jurídicos criados pela sociedade de risco, assim como da necessidade de uma tutela efetiva dos mesmos, haja vista a dimensão dos danos a serem suportados, clama-se pela aplicação do Direito Penal nesse contexto, havendo divergência quanto à incidência dos conceitos clássicos inerentes à proteção de bens jurídicos individuais ou de novas técnicas de imputação:

La eficacia del Derecho penal en la protección de los tradicionales delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales puede repetirse respecto de la protección de los nuevos bienes jurídico-penales, siempre que exista esa voluntad política, por cuanto pienso que la sensibilidad social ya existe. La necesidad de intervención del derecho penal se justifica, así mismo, por la insuficiencia de los otros controles jurídicos y sociales.<sup>165</sup>

No Brasil, alguns defendem a idéia de que é imprescindível a tutela penal dos interesses difusos e, para dar vigência a tanto, deve-se alterar e adaptar os antigos dogmas aos problemas trazidos pela sociedade do risco.

Da mesma forma, em relação às questões biotecnológicas. Isso porque, por exemplo, um cientista em qualquer lugar no globo pode, secretamente, modificar o código genético do ser humano, o que teria o potencial de atingir toda a humanidade.

Tais alterações, portanto, poderiam afetar interesses indispensáveis à existência do homem e ao seu desenvolvimento enquanto comunidade, como condições transindividuais de uma convivência próspera, razão pelas quais passaram a necessitar de proteção por parte do Direito Penal.

Nesse contexto, verifica-se uma explosão de crimes de perigo, sobretudo abstratos, em detrimento dos crimes de dano. Tal fato se explica tanto pela necessidade atual, em alguns casos, de se proteger do perigo para se evitar o dano, cuja extensão é enorme, como, por exemplo, nos crimes que envolvem o meio ambiente, certamente é muito mais coerente se proibir a prática de uma conduta anterior, perigosa, que consiste no primeiro passo para uma futura lesão, do que esperar que o dano se concretize.

Também se justifica pela, cada vez maior, utilização do Direito Penal pelo Estado como meio de conter afrontas às funções daquele, em uma verdadeira explosão de falsos bens jurídicos.

---

<sup>165</sup> CORCOY BIDASOLO apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual...*, op. cit., p. 191.

Nesse particular, vale citar o posicionamento de Juliana Cabral<sup>166</sup> no sentido de que os crimes de perigo são inconstitucionais pela violação ao princípio da proporcionalidade, ante a incriminação de condutas que podem não causar concretamente nenhum perigo a bens jurídicos e a cominação de uma sanção penal que resultará em restrições à liberdade de locomoção ou patrimônio do cidadão individual.

Também considera que tais tipos penais afrontam o princípio da presunção de inocência, por presumirem que ocorrera perigo ao bem jurídico mesmo que, de fato, este não exista, o que significa dizer que determinadas condutas são enquadradas na tipificação legal ainda que o bem jurídico não seja exposto a perigo real.

Com efeito, não pode ser atribuída aos crimes de perigo abstrato a responsabilidade pelo excesso de incriminação, tampouco pela crise que se instalou quanto ao papel do bem jurídico na pós-modernidade.

Os tipos de perigo abstrato representam uma antecipação do Direito Penal, na medida em que não se aguarda a lesão ao valor protegido, sendo a ameaça a legitimadora da incidência do direito punitivo. Contudo, essa antecipação está afeta à estrutura do tipo penal, se será de lesão ou de perigo. Não há relação aqui com a substancialidade do objeto da proteção.

Por outro lado, existem bens jurídicos em que a mera exposição a perigo legitima a atuação repressiva do Estado, a fim de se evitar futura lesão. Isso porque eventual lesão poderá assumir proporções desastrosas, como é o caso do meio ambiente.

A crítica de Jakobs<sup>167</sup> ao princípio da proteção do bem jurídico decorre exatamente da constante incriminação de condutas de perigo abstrato, as quais não chegam sequer a provocar lesão ao bem tutelado, mas se prestam à restrição cada vez maior da liberdade do indivíduo.

Evidentemente que nem todos os crimes de perigo são desnecessários, haja vista que o dano ao bem jurídico pode ser tão grande que evitá-lo é a melhor solução, a exemplo dos delitos ambientais. Contudo, procede a observação de Jakobs em virtude de que, se não houver moderação na tutela ao bem, ao cidadão restarão poucas opções de condutas lícitas e, fatalmente, o Estado, que seria de Direito Democrático e Social, transformar-se-á em autoritário, onde a população sequer terá assegurada a sua liberdade de auto-determinação.

---

<sup>166</sup> 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. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003, f. 145-180.

<sup>167</sup> JAKOBS, Gunter. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108-143.

É justamente por conta do aludido exagero na incriminação das condutas que aliados a relevantes bens jurídicos, surgiram outros que, inobstante a tutela penal, não possuem qualquer substancialidade e se revelam vazios de conteúdo, tais como a ordem econômica, tributária e a relação de consumo. Assim, não se tem como negar a existência de crimes de perigo legítimos e ilegítimos<sup>168</sup>.

Entretanto, a ilegitimidade decorre da tutela de falsos bens jurídicos e pode ser estendida a todas as formas de estruturação do injusto, não apenas a de perigo abstrato.

Outro importante ponto se relaciona à responsabilidade penal. Durante o século XIX, foi consagrado o princípio *societas delinquere non potest*, de forma que a responsabilidade penal era subjetiva e individual. À pessoa jurídica não se vislumbrava a imputabilidade penal. Com o passar do tempo e com a proteção de determinados bens jurídicos, como o meio ambiente e os tributos, começou-se a desenhar a atribuição de responsabilidade penal àquela, cuja sanção seria compatível com a sua existência.

No Brasil, há flagrante divergência quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Alguns se valem dos artigos 173 e 225 da Constituição Federal e da Lei nº 9.605/1998 para defender que a pessoa, física e jurídica, pode ser sujeito ativo de crime.

Outros, a exemplo de Luis Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, entretanto, comungam do entendimento de que apenas o homem pode praticar delitos e que, em verdade, a Carta Magna não teria estabelecido a responsabilidade da pessoa jurídica.

O fato é que não há como olvidar a crescente expansão dos que advogam pela responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a cominação de sanções adequadas, sobretudo com a criação de bens jurídicos como o meio ambiente, o patrimônio genético da humanidade, relações de consumo, tributos. Ou seja, também aqui a modernidade tem influenciado o sistema penal.

Ademais, também se critica bastante o desrespeito atual ao princípio da intervenção mínima, o qual prega a incidência do Direito Penal como *ultima ratio*, tão-somente na proteção dos bens jurídicos mais importantes e em que a atuação dos demais ramos do Direito não seja suficiente. Em verdade, o que vê é exatamente o contrário. A insegurança tem acarretado uma maior criminalização.

---

<sup>168</sup>Como assinala Luís Greco (Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n 49, 2004), é muito mais nociva à sociedade a incriminação de condutas que ferem os bens jurídicos pseudocoletivos, tais como a paz pública, a incolumidade pública e a saúde pública. Tal proteção fere os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Assim, a reforma legislativa deve ser empreendida não para excluir os crimes de perigo abstrato, mas para descriminalizar as condutas que violam falsos bens jurídicos, seja porque são interesses meramente estatais, seja porque são pseudocoletivos.



Tem-se recorrido ao Direito Penal como se este fora a grande esperança da humanidade no combate à nova criminalidade. Com isso, o Direito Penal tem se transformado em *solo ratio*. O índice de crimes é proporcional ao medo instalado na sociedade: quanto mais medo, mais condutas criminosas têm sido criadas.

Paradoxalmente, a sociedade nem se sente protegida com a quantidade de condutas tipificadas, tampouco se sente tranqüila com a freqüente diminuição das garantias tão duramente conquistadas ao longo dos séculos na seara criminal.

O Estado tornou-se garantidor dos bens jurídicos e não mais da segurança jurídica, o que se evidencia com a criação de falsos bens jurídicos e a incriminação de condutas para que, com isso, elas se tornem socialmente inadequadas. Ou seja, se antes o Estado criminalizava condutas que a sociedade considerava impertinentes, atualmente o curso se inverteu.

Além disso, como já mencionado, há a flagrante criação de falsos bens jurídicos coletivos, os quais consistem tão-somente na soma de vários bens jurídicos individuais.

Tais bens são divisíveis quanto aos sujeitos passivos. Um exemplo claro de falso bem é a saúde pública, segundo Greco<sup>169</sup>, que representa meramente a união das várias integridades físicas individuais. Em contraposição, como retrato de um bem jurídico efetivamente coletivo tem-se o meio ambiente, como um bem fruído por todos em sua totalidade, não podendo ser distribuído a cada um.

Tanto a elevação de interesses estatais à categoria de bem jurídico como a criação de bens pseudocoletivos tem produzido muitas críticas ao papel do Direito Penal, dando azo a que se entenda que ele não tem estrutura para intervir nas questões atinentes à biotecnologia.

De outro lado, diz-se que o bem jurídico não vem cumprindo sua função limitadora na medida em que se pode designar qualquer interesse, ainda que dessubstancializado e falso, como bem jurídico justificando a ampliação da intervenção do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos.

Pode-se falar, neste ponto, inclusive, da utilização do discurso como meio de legitimar a proteção dos interesses do Estado, mesmo que estes representem falsos bens jurídicos.

Não são poucos, como se vê, os problemas suscitados quanto ao Direito Penal na sociedade do risco, notadamente quanto aos avanços da biotecnologia.

---

<sup>169</sup> GRECO, Luis., Princípio da lesividade..., op. cit.

A sua intervenção, contudo, é de fundamental importância. Como menciona Patrícia Laurenzo Copello<sup>170</sup>, a tutela penal não estaria completa caso o equilíbrio biológico da espécie humana estivesse à mercê dos riscos da era pós-moderna.

Nessa gama de leis penais, a Lei nº. 11.105/2005, também conhecida como a Lei de Biossegurança, constitui uma representação importante dos aspectos de que se trata no presente trabalho.

A mencionada lei traz à baila algumas questões ligadas à tutela biotecnológica, e apresenta o Direito Penal como relevante instrumento na tutela dos valores que apresenta.

Contudo, no campo da biotecnologia, há alguns problemas que não podem ser ignorados pelo estudioso do Direito Penal.

A transitoriedade dos achados científicos, que incidem diretamente em conceitos jurídicos, tais como vida, morte, aborto é um claro exemplo de campos “movediços” em tal sistema.

Maria Auxiliadora Minahim<sup>171</sup> explana com propriedade acerca do aspecto em questão, quando aduz “*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*”.

Da mesma forma, em relação às condutas típicas descritas na Lei 11.105, em grande parte, pode-se dizer, serão propriamente praticadas senão pela pessoa jurídica, por um agente através dela, o que remete à discussão acima acentuada, sobre a possibilidade do crime ser praticado pela pessoa jurídica.

Outro problema enfrentado é a dificuldade de o legislador conhecer os conceitos e os institutos relacionados ao progresso biotecnológico, sobretudo pela rapidez com que este ocorre.

E justamente aquilo que se pode denominar como uma “dificuldade técnica do legislador” pode acarretar severas restrições a uma correta compreensão do que, precisamente, é socialmente sentido como objeto a tutelar.

A ausência de precisão lingüística, por outro lado, é campo aberto para as investidas, dos mais diversos interesses, na manipulação discursiva. São dificuldades como essas que devem ser enfrentadas no presente trabalho.

---

<sup>170</sup> Apud HAMMERSCHMIDT, Denise. Proteção jurídico-penal da Biossegurança: algumas reflexões. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 345.

<sup>171</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

## 5.1 LEI DE BIOSSEGURANÇA E BEM JURÍDICO-PENAL

A Lei de Biossegurança foi promulgada após 10 anos de discussões e críticas acerca da já revogada Lei nº 8.974/1995, a qual estabelecia regras para a utilização das técnicas de engenharia genética e para a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, assim como autorizava a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança no âmbito da Presidência da República.

Com efeito, a Lei nº 11.105/2005 representa um avanço em relação à legislação anterior (Lei nº 8.974/1995 e Instruções Normativas nºs 08/1997 e 09/1997), sobretudo no que tange à clareza com a qual a norma está escrita.

A Lei nº 11.105/2005 utilizou um recurso bastante simples e eficaz para se aclarar as proibições e as permissões ali consignadas: a definição, no artigo 3º do próprio legal, de termos atinentes à biotecnologia: derivado de OGM (inciso 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). Ademais, passou-se a utilizar com maior precisão a expressão engenharia genética.<sup>172</sup>

A Lei de Biossegurança é um exemplo concreto de que a tutela penal no Brasil não se encontra mais focada em valores e interesses individuais, mas abrange bens jurídicos supraindividuais, que decorrem das mudanças no panorama do desenvolvimento industrial e científico.

Ressalte-se que a Carta Magna brasileira preconiza que ao Poder Público incumbe a obrigação de: preservar a diversidade e a integridade do material genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (artigo 225, §1º, II), exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (artigo 225, §1º, IV), e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (artigo 255, §1º, V)<sup>173</sup>.

Nesse sentido, como não poderia deixar de ser, os bens jurídicos tutelados pela Lei de Biossegurança estão vinculados, formal e materialmente, ao que determina a Constituição da República.

---

<sup>172</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal e Biotecnologia*, op. cit., p. 113-118.

<sup>173</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção jurídico-penal da Biossegurança...*, op. cit.

Assim é que são considerados como valores e interesses metaindividuais protegidos pela Lei nº 11.105/2005 bens-jurídicos novos, nascidos com a necessidade de proibir preventivamente - são crimes de perigo - condutas que ameaçam todo o ecossistema (vida humana, vegetal, animal e respectivas interações) e que se relacionam a procedimentos biotecnológicos que não se encontram inteiramente sob o domínio da ciência oficial<sup>174</sup>.

Não há consenso, é bem verdade, acerca desses bens-jurídicos metaindividuais contidos na Lei de Biossegurança, sobretudo porque o legislador reuniu em um único texto matérias completamente divergentes e igualmente importantes.

Além disso, o legislador incriminou condutas como a clonagem terapêutica, mas se omitiu quanto à prática de hibridação – criação de embrião humano- animal - e quimeras – criação de embriões hermafroditas -, as quais igualmente violam a dignidade humana. A formação de híbridos é realidade no mundo e existem países onde a prática é permitida, como o Reino Unido<sup>175</sup>.

Em regra, os doutrinadores mencionam o patrimônio genético da humanidade, a dignidade humana, a biossegurança, o meio ambiente, a biodiversidade biológica e a vida humana.

O ponto mais polêmico dessa questão indubitavelmente envolve o crime tipificado no artigo 24 do referido Diploma, no qual há enorme divergência sobre o objeto de proteção: vida, dignidade humana ou patrimônio genético da humanidade, entre outros.

---

<sup>174</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. Proteção jurídico-penal da Biossegurança..., op. cit.

<sup>175</sup> CÉLULAS EMBRIONÁRIAS: Reino Unido autoriza criação de embriões híbridos de humanos e animais para fins terapêuticos. Disponível em:

<<http://ww1.rtp.pt/noticias/index.php?article=320500&visual=26&rss=0>>. Acesso em 3 fev.2008.

## 6 O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO PELO CRIME DO ARTIGO 24 DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

### 6.1 O CRIME DE UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Inicialmente, cumpre salientar que a Lei nº. 11.105/2005 permite a utilização de células-tronco embrionárias humanas no Brasil. Esta utilização deve ocorrer, todavia, na forma expressamente prescrita no texto legal e, a título de exceção e não de regra, como se verá adiante.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 24 da Lei de Biossegurança estabelece o seguinte tipo penal:

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

De logo, se verifica que o mencionado artigo 24 não fornece elementos acerca do conteúdo proibitivo da norma penal incriminadora, fazendo referência a outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação.

O próprio legislador remete ao ato normativo onde está descrita a conduta desvalorada, qual seja, o artigo 5º da aludida Lei, que dispõe:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

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

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

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

§3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Trata-se, apesar de algumas discordâncias, de norma penal em branco, ou seja, daquela, nas palavras de Luis Regis Prado<sup>176</sup>, “[...] em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação”.

A norma integradora pode ser de natureza penal ou extrapenal, emanar ou não da mesma instância legislativa.

Alguns doutrinadores, como Maggiore<sup>177</sup> e Nucci<sup>178</sup>, todavia, entendem que há diferença entre as normas penais em branco e as normas de reenvio ou tipos penais remetidos. Maggiore<sup>179</sup> define estes últimos como sendo a hipótese em que a lei contém, ao mesmo tempo, os preceitos primários e secundários e a disposição à qual será feita o reenvio para fim integrativo. Nucci<sup>180</sup> acrescenta ainda que a consulta à norma mencionada no tipo bastará para aclará-lo.

O tipo penal em apreço, na classificação de Maggiore e Nucci, se enquadraria no conceito de normas de reenvio ou tipo remetido e não de normas penais em branco.

Aqui, deve-se fazer a crítica ao conceito acima estipulado, já que a determinação do conteúdo de uma norma penal em branco sempre necessitará, explícita ou implicitamente, do procedimento de remissão ou de reenvio a outra espécie normativa, não havendo, assim, razão para tal distinção. Por tal razão, tem-se que o artigo 24 da Lei de Biossegurança é uma hipótese de norma penal em branco.

Valendo-se ainda do critério classificatório de Mezger<sup>181</sup>, pode-se ainda dizer que se trata de tipo em branco impróprio, cuja integração se reporta a instrumento legal emanado de

---

<sup>176</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 179.

<sup>177</sup> Apud PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, op. cit., p. 180.

<sup>178</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74.

<sup>179</sup> Apud PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal...*, op. cit., p. 180.

<sup>180</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal...*, op. cit., p. 74.

<sup>181</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. v. 1, p. 397.

igual instância legislativa, qual seja, a própria Lei de Biossegurança, já que explícita a complementação dos termos do artigo 24 pelo mencionado artigo 5º.

Há que se fazer referência à necessidade da utilização do recurso à norma penal em branco no caso em apreço. Isso é justificável, quando se trata da criminalidade na sociedade do risco, sobretudo em matéria de biotecnologia e de manipulação genética, de notório e intenso conteúdo técnico e de caráter dinâmico<sup>182</sup>.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança estabelece que podem ser realizadas pesquisas e terapia com células-tronco embrionárias, desde que envolvam embriões criados em laboratório, provenientes de técnicas de fertilização *in vitro* e que não façam parte do projeto parental dos pais.

O legislador, mais uma vez, se valeu da própria lei para aclarar o sentido da proibição ao definir, no artigo 3º, inciso XI, o que deve ser entendido por células-tronco embrionárias, na tentativa de evitar as críticas sofridas pela Lei n 8.974/1995 no que tange ao princípio da taxatividade.

Além disso, o aludido artigo dispõe que três tipos de embriões podem ser usados, quais sejam: (i) os inviáveis, (ii) os viáveis já crioconservados na data de publicação da Lei – 24.3.2005 – há mais de 3 anos ou (iii) os viáveis crioconservados há menos de 3 anos na data de publicação da lei, após atingirem esse prazo.

No que tange à expressão “inviáveis”, percebe-se estar presente um elemento normativo do tipo, já que demanda interpretação subjetiva do magistrado.

Essa discricionariedade do magistrado, todavia, acarreta um verdadeiro problema na determinação da conduta típica, uma vez que tem sido tão intensa a manipulação discursiva em torno da figura do embrião que o termo inviabilidade já assume contornos diferentes do ponto de vista biológico.

O termo inviabilidade tem sido empregado para qualificar embriões que não serão destinados à implantação no útero materno, ou seja, os supranumerários. É a chamada inviabilidade funcional<sup>183</sup>.

Em outras palavras, o embrião será considerado morto, estando vivo. Tal hipótese, caso seja ratificada, acarreta dificuldade no reconhecimento da vida como objeto de proteção,

---

<sup>182</sup> CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 297.

<sup>183</sup> Id., *ibid.*, p. 298.

o que certamente facilita a destruição desses embriões biologicamente vivos e moralmente mortos.

O Estado-juiz, ao interpretar sistematicamente a norma, deve concluir pela exclusão da definição mais ampla e puramente estipulada da inviabilidade do embrião. Entendimento contrário remete à liberação, para pesquisa e terapia, de todo embrião congelado que não integre o projeto familiar de um casal, o que contradiz a totalidade da norma, na medida em que esta fixa um prazo mínimo para uso dos jovens embriões.

O legislador, como se viu, permitiu que os embriões inviáveis e aqueles que já se encontram congelados na data da publicação da Lei – 24.3.2005 - há mais 3 anos ou que atinjam esse tempo posteriormente, sejam objeto de pesquisa e terapia. O que importa dizer que os embriões congelados após a publicação da lei, ainda que assim estejam há mais de 3 anos, não poderão ser objeto de tais pesquisas. Há nítida valoração diferenciada dos embriões humanos: os viáveis já congelados na data da publicação da lei não são tratados igualmente aos que foram e serão congelados após a dita publicação.

Essa valoração diferenciada demonstra apenas que o intuito real do legislador era resolver um problema existente à época da aprovação da Lei de Biossegurança: o que fazer com os milhões de embriões congelados nas clínicas.

Isso fica claro pela omissão do legislador quanto à imposição de limite no número de embriões criados nas técnicas de FIV. Assim, o número de embriões excedentes criados após a publicação da Lei continuará crescendo, sendo vedada a sua destruição nas pesquisas.

Pode-se dizer, inclusive, que o legislador se valeu da Teoria dos Jogos<sup>184</sup> na tentativa de angariar a simpatia de todos os setores, já que não liberou totalmente a utilização dos embriões, mas respondeu positivamente à pressão exercida por cientistas, pesquisadores e clínicas.

A figura típica, portanto, consiste na utilização de embriões provenientes de técnicas de reprodução assistida, não “aproveitados” no procedimento, que tenham sido criopreservados até a data de publicação da lei antes de ser atingido o limite temporal de 3 anos, que tenham sido congelados em data posterior ou que não tenham sido criados em laboratório.

O tipo penal ainda prevê o consentimento dos genitores do embrião para que este seja objeto de pesquisas.

---

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Liv. Almedina, 1999. p. 50.



Assim, os doadores do material genético – os gametas masculino e feminino que se uniram para formar o ovo ou zigoto – deverão anuir com a destinação dos embriões para pesquisas e terapia.

No fundo, o que decidirá o futuro dos embriões excedentes será a possibilidade ou não de integraram o projeto parental dos doadores e a data do respectivo congelamento, já que os embriões são tratados pelo legislador como propriedade destes.

O consentimento do representante legal do ofendido, nesse caso, funciona como excludente de tipicidade, já que apenas a sua ausência faz com que a ação seja típica e ilícita. Essa hipótese configura exceção no ordenamento jurídico brasileiro, no qual o consentimento do representante legal do ofendido, a não ser quando se trata de bens jurídicos disponíveis, não tem o condão de elidir a tipicidade ou a ilicitude de uma conduta. Cuidando-se de que a vida seja o bem jurídico tutelado, o consentimento não pode, numa perspectiva dogmática, produzir qualquer efeito no direito criminal. Isto introduz novas dificuldades na compreensão da proteção pretendida pelo legislador.

Vale suscitar ainda detalhes não elucidados pelo legislador, tais como a necessidade ou não de o consentimento ser por escrito, a possibilidade ou não de doadores “desconhecidos” de espermatozoides ou óvulos, para bancos de material genético, consentirem antecipadamente na utilização do futuro embrião<sup>185</sup>. Caso não haja esse consentimento prévio, é de indagar se o doador, cuja identidade deve ser preservada, deverá ser consultado sobre o destino do futuro ser.

Além do consentimento dos pais, o legislador ainda impôs que as instituições de pesquisa e serviços de saúde – que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas – submetam os seus projetos à aprovação dos comitês de ética em pesquisa.

Como se verifica, o *iter criminis* pode ser fracionado, de forma que o delito em questão é plurissubsistente e admite a forma tentada. A tentativa ocorreria quando iniciada a conduta, ou seja, quando usando meios e instrumentos inequivocamente voltados para a manipulação, o sujeito é impedido de continuar a ação por motivos independentes de sua vontade.

No que tange ao sujeito ativo, a utilização ilegal de células-tronco embrionárias pode ser realizada por qualquer pessoa física ou jurídica, no entanto quanto a esta não há previsão para sua incriminação.

---

<sup>185</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 1007.

A determinação do sujeito passivo e da classificação do crime quanto ao resultado, todavia, pressupõem a identificação do bem jurídico protegido.

A grande discussão em torno deste tipo penal reside no bem jurídico tutelado, como se tem destacado, porque este crime representa uma tentativa de proteger certos valores e, ao mesmo tempo, permitir a prática das condutas introduzidas ou permitidas pela biotecnologia.

Há muito mito e inverdades divulgados em torno das pesquisas com células-tronco, sobretudo embrionárias, assim como existem interesses diversos em prol da liberação de tais pesquisas. Tais fatos dificultam que a sociedade tenha uma visão clara acerca do problema.

A sociedade atual vive em conflito com os valores predefinidos e questiona os princípios que devem norteá-la. Ao mesmo tempo em que se luta para a preservação da natureza, para a consolidação dos direitos humanos, para a manutenção da vida, o homem quer a longevidade, o poder, a riqueza de forma imediata. Pode-se dizer que um dos grandes problemas é o imediatismo. O tempo de maturação das conquistas humanas tem sido cada vez menor. O homem não está disposto a fazer um percurso maior para alcançar suas metas, prefere ir pelo “atalho”, mesmo que este seja mais danoso ao meio ambiente, por exemplo.

Todos esses problemas geram uma grande insegurança acerca do bem jurídico que se tutela com o artigo 24 da Lei de Biossegurança, questão, no entanto, que é essencial para conferir validade à lei sem que sejam aviltados valores essenciais para a humanidade.

## 6.2 O BEM JURÍDICO-PENAL DO CRIME DE UTILIZAÇÃO ILEGAL DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Inicialmente, cumpre destacar que existem diversos entendimentos acerca do bem jurídico protegido com a proibição de utilização de embriões em desacordo com o artigo 5º da Lei de Biossegurança. As visões divergentes se iniciam com a própria inexistência de bem jurídico e caminham até a proteção da vida, a partir da sua valoração pelo legislador.

Conforme já referido, Roxin, segundo Greco, trabalha a idéia de que os delitos referentes aos embriões não tutelam um bem jurídico específico. Em verdade, tais delitos seriam exceções ao princípio da proteção ao bem jurídico, na medida em que não existiriam

interesses atinentes ao homem ou ao sistema social existentes que fossem relacionados a estes crimes<sup>186</sup>.

Greco<sup>187</sup> menciona que Roxin admite a incriminação de condutas lesivas à vida pré-pessoal, sob o fundamento de que se tutela o sentimento de solidariedade que a fragilidade do embrião desperta na humanidade e a reprovação do comportamento que venha a se aproveitar dessa peculiaridade para destruí-lo. Não há, portanto, a tutela do embrião enquanto ser humano.

Em artigo intitulado “A proteção da vida humana através do Direito Penal”, Roxin<sup>188</sup>, contudo, manifesta o ponto de vista de que a fusão do óvulo com o espermatozóide gera uma forma de vida que já possui em si todas as disposições para se tornar um homem futuro. Aduz que o embrião, até certo grau, deve participar da proteção e da dignidade do homem já nascido, o que torna aparentemente contraditório o entendimento de que não há bem jurídico na incriminação de condutas que o ferem.

Roxin<sup>189</sup> entende, todavia, que essa proteção justifica apenas a proibição da clonagem terapêutica e a importação de embriões pela Alemanha para sua utilização em pesquisas. No que tange ao delito em apreço, aduz Roxin<sup>190</sup> que, se por um lado, não se deve permitir a criação de embriões para meros fins de pesquisa, por outro, não se deve excluir a possibilidade de se fazer pesquisas com embriões não destinados à implantação uterina, já que seria jurídica e eticamente razoável torná-los úteis para a pesquisa do que destruí-los.

Como já explicitado acima, esse argumento também tem sido utilizado pela comunidade científica em benefício das pesquisas e não pode ser eticamente aceitável, sobretudo em um país que nem sequer impõe restrição quantitativa à criação de embriões nos procedimentos de reprodução assistida.

O desvalor da exploração da fragilidade do embrião, todavia, não deve ser considerado fundamento da sua punibilidade.

Em primeiro lugar, desprezar o conceito material de crime, admitindo exceções que o desvinculam do princípio da proteção de bens jurídicos, significa abrir precedentes indesejados e tornar o cidadão ainda mais vulnerável diante do arbítrio estatal. Tal princípio enfrenta crises exatamente pela criação de falsos bens jurídicos pelo Estado, tais como

---

<sup>186</sup> Apud GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n 49, 2004.

<sup>187</sup> Id., *ibid.*

<sup>188</sup> ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Disponível em: [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br). Acesso em 10 jan.2008.

<sup>189</sup> Id., *ibid.*

<sup>190</sup> Id., *ibid.*

aqueles relacionados às suas funções de fiscalização como a arrecadação de tributos e o tráfego de veículos automotores.

Em segundo lugar, seria admitir que o delito em questão é de mera atividade, em que se pune tão-somente a reprovação social de um determinado comportamento considerado inadequado. Estar-se-ia retrocedendo às idéias da Escola de Kiel, em que as atitudes que feriam o são sentimento do povo eram criminalizadas, violando os princípios do Direito Penal Liberal. Outros sentimentos, poderiam, nesta linha, também ser erigidos à categoria de crime, inclusive o de rejeição ao governo.

Em terceiro lugar, há um interesse essencial para a existência do homem e previsto constitucionalmente que o Estado pretende tutelar com a incriminação da utilização do embrião em desacordo com os preceitos legais, como será visto adiante.

Definir, todavia, qual o bem jurídico tutelado não é tarefa fácil ante as inúmeras propostas doutrinárias.

Denise Hammerschmidt<sup>191</sup> entende que o bem jurídico-penal protegido com a incriminação de condutas relativas aos avanços biotecnológicos é a biossegurança, a *biosafety*. Segundo a aludida autora, a biossegurança é objetivo político recente na sociedade contemporânea e se refere “[...] às ações de prevenção, eliminação ou diminuição dos riscos para a vida e a saúde humana e dos animais”<sup>192</sup> e inclui tanto o meio ambiente como o ser humano.

Ela ainda afirma que podem existir outros bens jurídicos sendo tutelados subsidiariamente, mas primordialmente, nos delitos da Lei nº. 11.105/2005, o “[...] bem jurídico-penal supraindividual categorial será sempre a biossegurança”.

Com efeito, considerar a biossegurança como bem jurídico remonta à idéia de Luís Greco<sup>193</sup> quanto aos bens jurídicos pseudocoletivos, que, no fundo, já representam outros bens já existentes. No caso dos crimes relativos à Lei nº 11.105/2005, há tutela de bens que já existem – reputados subsidiários por Denise Hammerschmidt –, como o meio ambiente e a integridade do patrimônio genético da humanidade.

Uma parte da doutrina postula pelo reconhecimento do patrimônio genético da humanidade como bem jurídico tutelado pelo artigo 24 da Lei de Biossegurança.

---

<sup>191</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção Jurídico-Penal da Biossegurança: Algumas Reflexões*, in Direito Penal Contemporâneo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, página 349.

<sup>192</sup> Apud. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção jurídico-penal da Biossegurança: algumas reflexões*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 347.

<sup>193</sup> GRECO, Luís. *Princípio da Lesividade...*, op. cit.

O patrimônio genético da humanidade pode ser definido como o conjunto de componentes físicos, psíquicos e culturais que, desde o antepassado mais remoto e sofrendo naturais mutações ao longo das gerações, permanece constante, e que, conjugado com fatores ambientais e em permanente interação, constituem a própria identidade do homem, que tem o direito de guardar, defender e transmitir<sup>194</sup>.

Não há, portanto, correlação entre a necessidade de se preservar o patrimônio genético da humanidade e a utilização de embriões em pesquisas e terapia celular, a menos que sobre ele se faça engenharia genética ou hibridação. A mera destruição dos embriões não compromete as características genéticas dos homens.

Cumprido salientar, entretanto, que a implantação no útero materno de embriões que tenham sido objeto de experimentos científicos, hipótese não analisada no presente trabalho, pode violar o patrimônio genético da humanidade. Em países como Portugal, há expressa vedação legal ao aproveitamento de tais embriões em projetos parentais.

Não se diga ainda que o bem jurídico pode ser o patrimônio genético individual, uma vez que o embrião será destruído e não manipulado geneticamente, conduta esta tipificada como delito pelo artigo 25 da Lei de Biossegurança.

Pode-se também imaginar que o bem jurídico protegido é a "dignidade humana". A dignidade humana é violada, de fato, com a utilização dos embriões nas pesquisas e terapia celular em dois aspectos: na instrumentalização do ser humano e na destruição da vida embrionária.

Ao tratar a vida pré-pessoal como um instrumento para a realização de interesses de outrem, a dignidade humana é afrontada enquanto garantidora do direito ao respeito que implica também a abstenção de condutas que possam afetá-la. Por outro lado, ao se destruir a vida embrionária, o sobreprincípio ou o superprincípio da dignidade também é ferido, pois confere a todos o direito à manutenção da vida.

A dignidade humana, todavia, não pode ser considerada como bem jurídico-penal, uma vez que constitui a finalidade de todo o sistema, o princípio reitor do ordenamento jurídico, de forma que possui caráter multidimensional<sup>195</sup>:

---

<sup>194</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Liv. Almedina, 1998. p. 17.

<sup>195</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82.

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

É a dignidade o fundamento de todos os direitos outorgados ao homem, inclusive do direito a ter a sua vida preservada ou de ser visto e tratado como um igual. A realização da dignidade está intrinsecamente relacionada à concretização de direitos fundamentais expressamente consagrados pela Constituição de 1988<sup>196</sup>.

O bem jurídico-penal é identificado como um interesse ou valor fundamental à existência do homem e ao seu desenvolvimento enquanto ser social. No caso da vida pré-pessoal, no entendimento de Casabona<sup>197</sup>, a valoração jurídica acerca da necessidade e dos meios de proteção parte do conhecimento biológico sobre o começo da vida humana. Independentemente das teorias acerca do início da vida, a proteção do embrião decorre da sua condição de ser humano, como adiante expandido.

Nesse sentido, entende-se que o delito de utilização ilegal de embriões em pesquisas e terapia celular possui como bens jurídicos tutelados a vida e um aspecto da dignidade humana, a intangibilidade da humanidade, enquanto espécie eticamente constituída, no dizer de Habermas<sup>198</sup>.

O bem jurídico primordialmente tutelado com a incriminação da utilização ilegal de células-tronco embrionárias é a vida.

O embrião *in vitro* é um ser humano e é uma vida desde a sua concepção. Existem muitas teorias acerca de quando a vida começa: com a nidação, com o aparecimento da estria primitiva, do sistema nervoso, com a aparência humana.

Salta aos olhos, todavia, que o homem não possui comprovação científica ou base filosófica para sustentar que o momento inicial da vida não é a fecundação. Isto porque é através da fusão dos gametas masculino e feminino que a nova individualidade, o novo ser é criado. O local onde este processo será realizado – no organismo feminino ou no tubo de ensaio – não retira do embrião a sua condição de ser vivo.

---

<sup>196</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

<sup>197</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 255-256.

<sup>198</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 51.

A vida do embrião preexiste no campo dos fenômenos, não há diferença ontológica entre este e o ser nascido<sup>199</sup>. Desde a concepção, há estabelecida a programação genética do novo ser, que será executada a partir do seu desenvolvimento até a morte.

Se não há prova de que a vida se inicia em fase posterior à concepção, a necessidade de proteger a sua manutenção deve começar a partir daí, do seu ponto de partida. A proteção deve ser máxima, sob pena de ser inócua.

A Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente que todo cidadão tem direito à vida (artigo 5º) e não impõe qualquer momento para o início desta proteção. O constituinte não criou limitação temporal ou eventual condição para um ser humano ter garantido o seu direito de viver.

O constituinte reconheceu de tal forma a sacralidade da vida que não permitiu, como regra, a instituição da pena de morte. Nem ao Estado foi atribuído o poder de decidir sobre a vida de um cidadão.

A Constituição Federal de 1988 confere proteção à vida desde a sua mais tenra idade. Saliente-se que não é o ordenamento jurídico que atribui vida ao embrião. A vida preexiste. O Direito protege a sua manutenção.

Uma parte da doutrina tenta excluir a possibilidade de proteção da vida embrionária sob a justificativa de que o artigo 2º do Código Civil determina que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, excluindo-se do conceito deste o embrião ainda não implantado.

Sustenta-se que o Código Civil estabelece como marco da proteção a concepção do nascituro, interpretado até então como aquele já nidado. E o embrião *in vitro*, fora do útero materno, não teria assegurada a possibilidade de nascimento. Com lastro nesta premissa, tenta-se justificar que a vida pré-pessoal não é reconhecida pelo Direito.

Outros, conforme menciona Eduardo de Oliveira Leite<sup>200</sup>, justificam a defesa da vida embrionária em função da ampliação do conceito de nascituro para incluir nele o embrião.

Ambas as correntes estão equivocadas. É um erro buscar o fundamento para a proteção da vida no Código Civil, uma lei ordinária. A Constituição é a lei maior, fundamental, a norteadora de todo o sistema. O ordenamento jurídico deve-se inspirar e reger pelas normas constitucionais e não civilistas.

Canotilho<sup>201</sup> assevera que a Constituição é dotada de características especiais, pois assume uma posição hierárquico-normativa superior, expressa através de três aspectos: possui

---

<sup>199</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>200</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 387.

o fundamento de validade em si mesmas; é fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos e estatutos) e implica a conformidade de todos os atos dos poderes públicos com as suas normas.

Não cabe ao Direito Civil, pois, determinar quando começa a proteção penal à vida. Os civilistas não querem este mister. Ao contrário, têm entendido que as questões novas surgidas com o avanço da biotecnologia reclamam um campo particular de estudo, o que se pode deprender também do Enunciado 2 da Jornada de Direito Civil<sup>202</sup>:

Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio.

O Direito Penal não pode buscar toda sua validade no Direito Civil. A definição do bem jurídico deve ser inferida na Constituição, onde se encontram as diretivas político-criminais.

E, conforme já esclarecido, em momento algum a Constituição Federal de 1988 versa sobre o início da vida ou limita a sua proteção. Do texto da Carta Magna, pode-se inferir claramente que se resguarda a vida, em plenitude e em todas as suas etapas.

Mais do que isso: a Constituição impõe a proteção dos interesses e até mesmo da vida daqueles que nem sequer existem no campo dos fenômenos: as futuras gerações. O artigo 225 torna imperioso o cuidado com o meio ambiente no intuito de garantir a sobrevivência de seres não projetados, nascidos ou existentes.

Por outro lado, não se diga que a tutela da vida embrionária pelo Direito Penal fere o princípio da intervenção mínima. Cabe ao direito punitivo reprimir condutas que lesionem ou ameacem de lesão os mais importantes interesses da sociedade. E a vida pode ser considerada o mais relevante dos bens jurídicos.

A repressão da ofensa à vida do ser não nascido é realidade no Direito Penal. Não se pode entender que a punição do auto-aborto vise garantir o direito de ser pai. Objetiva, em verdade, proteger a vida.

---

<sup>201</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1074.

<sup>202</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 188.



A vinculação do delito de aborto à necessidade prévia de nidação, como se este fosse o marco inicial da vida, é construção doutrinária não unânime. Autores como Nelson Hungria<sup>203</sup>, Carraca<sup>204</sup>, Manzini<sup>205</sup>, Magalhães Noronha<sup>206</sup>, Mirabete<sup>207</sup>, por exemplo, entendem praticado o crime de aborto com a morte do concepto, mesmo antes da sua fixação uterina. Tais autores não atribuem ao embrião a condição de pessoa, mas reconhecem na vida pré-pessoal valor suficiente para proteção do Direito Penal.

Nas palavras de Nelson Hungria<sup>208</sup>, a prática do aborto não incide *in materiam brutam*, mas contra um homem na ante-sala da vida civil. Ou seja, é a vida pré-pessoal que se protege.

Na doutrina contemporânea, ao discorrer acerca do crime de aborto, Bitencourt<sup>209</sup> assevera que a tutela da vida humana pelo Direito Penal ocorre desde o momento da geração do novo ser. Para Bitencourt<sup>210</sup>, a primeira fase da formação da vida engloba o ovo, o embrião e o feto.

O reconhecimento do caráter abortivo da pílula do dia seguinte, discutido com intensidade nos dias atuais, possui o mesmo fundamento: a morte do concepto ainda não nidado.

No que tange ao crime em apreço, Maria Auxiliadora Minahim<sup>211</sup> também identifica a vida como bem jurídico-penal. Ressalta, todavia, que ultrapassado o prazo de três anos apontado no inciso II do art. 5º da Lei, os embriões seriam "normativamente" inviáveis, por desejo apenas do legislador. Haveria aqui a criação de um conceito "normativo" de vida pelo legislador, já que não há indícios científicos de perda da validade de embriões pelo decurso do lapso temporal mencionado.

Há estudiosos, ainda, que repudiam a necessidade de proteção da vida do embrião por si mesma, a exemplo de Érika Mendes e Gisele Mendes<sup>212</sup>, embora concordem que esse seja o bem jurídico-penal resguardado.

<sup>203</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5, p. 286.

<sup>204</sup> Id., *ibid.*

<sup>205</sup> Id., *ibid.*

<sup>206</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, *Procriações artificiais...*, op. cit., p. 389..

<sup>207</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.62/63.

<sup>208</sup> HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, op. cit., p. 286.

<sup>209</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.129.

<sup>210</sup> Id., *ibid.*

<sup>211</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.163.

<sup>212</sup> CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança..., op. cit., p. 296.

Fixado o bem jurídico vida, podem-se alcançar algumas considerações acerca do tipo penal.

A primeira delas é que o embrião constitui o sujeito passivo do crime tipificado no artigo 24 da Lei de Biossegurança. Ele é o titular do bem jurídico violado.

Nesse sentido, é indispensável rechaçar a idéia de que ao embrião não pode ser atribuído nenhum direito porque não é pessoa. Tal entendimento novamente representa o equívoco em se transportar para o campo penal institutos e regras civilistas.

Ser ou não sujeito de direitos e obrigações na esfera civil não se confunde com a tutela penal. Exemplo claro disto é a situação do menor de 18 anos emancipado, que pode praticar todos os atos da vida civil, mas não pode ser sujeito ativo de um crime – menor não comete crime, mas ato infracional.

Também se pode recorrer, mais uma vez, ao crime de aborto, no qual grande parte da doutrina entende que o sujeito passivo é o embrião ou o feto – ainda não “pessoa” no conceito civil. Bitencourt<sup>213</sup> afirma que o sujeito passivo pode ser entendido, em sentido genérico, como o produto da concepção, que abrange óvulo, embrião e feto.

Não é necessário, pois, o conceito civilístico de pessoa para que o embrião seja sujeito passivo de crime. A condição de ser humano lhe garante o direito à manutenção da sua vida, tal qual o feto no delito de aborto. Cumpre destacar que o delito de aborto se encontra topograficamente situado no Código Penal no Título I – Dos Crimes contra a Pessoa, mais precisamente no Capítulo I – Dos Crimes contra a Vida, o que demonstra claramente a distinção entre os sujeitos de direito nos âmbitos civil e penal.

A segunda consideração reside na classificação desse tipo penal quanto ao resultado e a estruturação do tipo. Érika Mendes e Gisele Mendes<sup>214</sup> pregam que o crime em estudo é de mera conduta e/ou de perigo abstrato:

O delito do art. 24 da Lei de Biossegurança configura clara hipótese de delito de perigo abstrato, cujas vantagens e inconvenientes não raro dão lugar a intensos debates acerca da conveniência de sua utilização.

[...]

Consuma-se, pois, o delito com a utilização do embrião em desacordo com o disposto no art. 5º da Lei, o que significa que se trata de delito plurissubsistente (cuja consumação pode ser dividida em diversos atos),

<sup>213</sup> CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança..., op. cit., p. 128.

<sup>214</sup> Id., ibid., p.300.

embora de mera atividade, já que não é exigida a produção de um resultado danoso.

Segundo se afirma, o legislador optou por liberar a utilização dos embriões, independentemente da lesão à vida, contentando-se, tão-só, com a imposição de condições legais. O comportamento proibido pela norma seria, portanto, a mera desobediência a estas condições. É incoerente que a proteção da vida seja realizada nestes moldes.

O discurso de que o delito é de mera conduta serve para fomentar a idéia de que o legislador se preocupa apenas em regulamentar o uso dos embriões e que tal prática é liberada, quase indiscriminadamente, no Brasil. Isto é o primeiro passo para que a utilização da vida pré-pessoal em pesquisas e tratamento passe a ser aceita socialmente e seja definitivamente descriminalizada, passando a constituir mero ilícito administrativo.

Verifica-se, todavia, que definir a vida como bem jurídico tutelado pelo legislador acarreta a necessidade da releitura do tipo penal.

Assim, no Brasil, é proibida a utilização dos embriões para obtenção de células-tronco, haja vista a sua qualidade de seres humanos e de possuidores do direito à preservação da vida. O delito é de dano, uma vez que a realização da conduta típica lesiona a vida embrionária.

É também material, pois se configura com a produção do resultado naturalístico: destruição dos embriões. A extração das células-tronco dos embriões na fase de blastocisto, para a utilização nas pesquisas e em terapia celular, acarreta a sua destruição, a sua morte.

O legislador, todavia, prevê hipóteses no artigo 5º da mencionada Lei em que a utilização dos embriões, se obedecidos alguns requisitos, configura fato lícito – “é permitida...”. É o caso dos embriões inviáveis e daqueles congelados, na data da publicação da Lei, há mais de 3 anos ou quando alcançarem esse lapso temporal.

A extração de células-tronco dos embriões citados no texto legal – e não de quaisquer outros, a exemplo dos congelados após a data de publicação da Lei – não será crime, se presentes os requisitos: consentimento dos pais e aprovação dos projetos pelos competentes comitês de ética.

Em outras palavras, a regra não é a liberação indiscriminada do uso de embriões sob determinadas condições. A figura lícita é exatamente a exceção.

Vale recordar que, no ordenamento jurídico, existem inúmeras causas que têm a capacidade de excluir a ilicitude de condutas que atentam contra a vida, a exemplo do aborto terapêutico, do aborto necessário, do estado de necessidade e da legítima defesa. No delito em questão, todavia, existem fundadas críticas à atitude do legislador.

Destaca-se a necessidade de fundamento para a existência de causas de exclusão da ilicitude de uma conduta típica. Em geral, são consideradas razões para a licitude excepcional de uma ação<sup>215</sup>: (i) a antijuridicidade material – investiga-se o conteúdo material da ação lícita que torne a sua tipicidade sem valor; (ii) a concordância da ação lícita com as normas de cultura; (iii) o entendimento de que a ação é lícita quando consiste em meio justo para um fim justo; (iv) o princípio da avaliação comparativa dos bens – o sacrificio de um bem é lícito caso vise salvaguardar outro bem mais valioso e (v) as ações socialmente adequadas que representam a normalidade da vida social.

No caso em questão, entretanto, não há qualquer fundamento para a criação da causa de exclusão de ilicitude ora apontada, muito menos nas hipóteses acima indicadas, notadamente em função da valoração da vida humana e da determinação de critérios nebulosos para a instituição da referida exclusão de ilicitude. Deve-se, pois, consagrar o entendimento de que a utilização do embrião para pesquisa e terapia é proibida em todo e qualquer caso.

Considerando a enorme pressão sofrida, na época da aprovação da Lei de Biossegurança, para a liberação das pesquisas, o legislador optou por criar um campo de licitude no intuito de resolver o problema dos embriões já congelados, o que não possui base científica, biológica ou jurídica: é a atribuição errônea de prazo de validade de três anos para o embrião.

Percebe-se também que aos pais foi ofertado o direito de decidir sobre a continuidade da vida do filho, o embrião. Este precedente é perigoso, até pelas questões extrajurídicas que se encontram ao redor do problema, como o custo da manutenção do congelamento e a comercialização clandestina de embriões humanos.

Por tais razões, a constitucionalidade dessa permissão é discutida, atualmente, no Supremo Tribunal Federal em razão da ADIN nº 3.510.

Retomando a análise do tipo penal sob a ótica do bem jurídico, constata-se ainda a desproporcionalidade da pena aplicada, tratando-se da tutela da vida. Este é um exemplo que, mesmo na contemporaneidade, não se satisfaz com a existência de proibições sem que estejam ligadas a um bem jurídico, ainda assim admite a desproporcionalidade entre a conduta criminosa e a pena correspondente.

Cumprir mencionar que a pena para o crime de favorecimento ou preferência sem justa causa, de um comprador ou freguês em prol de outro – Crime contra as relações de consumo,

---

<sup>215</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, p. 366-369.

portanto (artigo 7, I, da Lei n 8.137/1990) – é a detenção, de dois a cinco anos, ou multa, enquanto a pena para o crime ora descrito é a detenção de um a três anos.

No mínimo, a pena para a utilização ilegal de embriões deveria ser semelhante à do aborto praticado com ou sem o consentimento da gestante, o que, ainda assim, não resolve a ausência de proporcionalidade no ordenamento jurídico como um todo.

Além da vida embrionária, bem jurídico individual, acredita-se aqui que o crime em questão, subsidiariamente, tutela a intangibilidade da natureza humana, como já analisado.

Ao longo do presente trabalho, foi demonstrado que o embrião, como membro da espécie humana, tem sido equivocadamente tratado como se fosse instrumento, meio para a realização de fins alheios. Na qualidade de ser humano, o embrião é um fim em si mesmo e não um meio.

A coisificação do ser humano, seja com a extração das células-tronco embrionárias, seja com a clonagem terapêutica, seja com as crianças-remédio, tem despertado a necessidade de tutela legal da intangibilidade da natureza humana.

O embrião constitui o ciclo inicial do desenvolvimento da pessoa adulta. A sua manipulação para a retirada das células-tronco representa o ultrapassar de uma barreira: a da impossibilidade de o ser humano ter desprezada a condição que o faz sujeito da própria história e não objeto. É a condição humana que diferencia o homem do resto do planeta.

Por tal razão, Habermas<sup>216</sup>, não atribui ao embrião a condição de pessoa, mas nele enxerga um valor a ser preservado pela humanidade. Pugna, então, pela necessidade de conter a sua utilização nas pesquisas, sob pena de comprometimento da autocompreensão ética da espécie. Isto porque a humanidade se reconhece enquanto tal exatamente pela sua liberdade e autonomia. A reificação do embrião atinge esta esfera de compreensão, na medida em que estas práticas refletem-se na forma de a própria humanidade se entender como espécie.

Não se trata apenas da proteção do patrimônio genético. É mais do que isto. É a tutela da dimensão existente no mais recôndito do ser humano e que o faz se reconhecer enquanto tal.

É um bem jurídico, portanto, supra-individual. Não se refere apenas à proteção do embrião, mas de toda a humanidade em face dos riscos advindos dos avanços biotecnológicos e da manipulação cada vez maior das propriedades humanas. Este mesmo bem jurídico pode ser encontrado na impossibilidade de comercialização dos embriões e na clonagem

---

<sup>216</sup> HABERMAS, Jürgen, *O futuro da natureza humana*, op. cit., p. 51.

terapêutica, condutas nas quais é evidente a instrumentalização do ser humano, o que culmina na necessidade de preservação da dignidade.

Verifica-se que, na defesa da dignidade, em face às intervenções genéticas, é imperioso assegurar a manutenção de um substrato mínimo de natureza humana, de “gente”, que não pode ser invadido, nem coisificado.

Dessa maneira, o delito de utilização ilegal de células-tronco embrionárias visa a proteção de dois bens jurídicos distintos, mas complementares: imediatamente, o bem jurídico individual vida e, mediadamente, o bem jurídico supra-individual intangibilidade da humanidade, este último como um aspecto da dignidade humana.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade da vida humana e o avanço na produção da riqueza fizeram surgir a sociedade do risco e, com ela, novos interesses passaram a necessitar de proteção legal.

Dentro dessa perspectiva, o Direito Penal tem sido chamado para solucionar os problemas da contemporaneidade, os quais transitam por campos que lhe são alheios, como a biotecnologia, e tem posto em xeque inúmeros de seus institutos.

Nesse sentido, urge profunda reafirmação da noção de bem jurídico e do seu papel no contexto da democracia constitucional. Isto porque a criminalidade tem atingido não somente os interesses individuais convencionais – vida, patrimônio e integridade física ou moral –, mas também valores novos de caráter metaindividual.

Os bens jurídicos supra-individuais reclamam a tutela do direito punitivo, a exemplo do meio ambiente, acarretando intensa e constante atividade legislativa na criação de tipos penais, geralmente de perigo abstrato. O Direito Penal, por isso, tem sofrido severas críticas da doutrina no sentido de que o princípio da proteção do bem jurídico proporciona uma intervenção cada vez maior na esfera de liberdade do cidadão, que, no entanto, não se sente seguro.

Com efeito, a sociedade contemporânea tem presenciado, muitas vezes, a criação de falsos bens jurídicos destituídos de substancialidade e de bens jurídicos pseudocoletivos, no intuito de abranger também interesses de apenas uma parcela da sociedade, sem a correspondente repercussão socialmente sentida.

A biotecnologia afeta de maneira inusitada os bens jurídicos tradicionais, o que tem gerado dificuldade no conhecimento do verdadeiro bem jurídico afetado. Assim, jovem embrião é vida humana e sua afetação pela manipulação não transforma a ação em crime de mera conduta ou de perigo. Também não pode ser mera desobediência à norma, idéia abandonada pelo Direito Penal democrático.

Para criação e/ou para legitimação desses bens jurídicos, contudo, percebe-se que o legislador e o intérprete da lei têm utilizado a linguagem mais conveniente para conseguir o consenso dos governados, ainda que esta conveniência represente uma flagrante manipulação discursiva.

No caso do delito em questão, por exemplo, as informações acerca dos embriões e das pesquisas com células-tronco são eminentemente de ordem técnica e abrangem outros ramos

da ciência, de forma que se torna fácil, no discurso jurídico, a busca pelo sentido das palavras que tornem mais tolerável, aceitável, a destruição dos embriões.

A aprovação da Lei de Biossegurança também foi alvo de intensa manipulação discursiva, sendo entendida como o passaporte para a entrada do Brasil na Pós-Modernidade. Ao contrário da campanha engendrada pelos cientistas, empresas e pela mídia na época, pequeno é o grupo de países no mundo com poucas restrições legais à ciência.

Verifica-se, contudo, diversos interesses envolvidos na liberação do uso de células-tronco embrionárias. De um lado, situam-se as empresas pesquisadoras ávidas pela lucratividade proporcionada por este novo ramo do conhecimento, tanto no patenteamento das descobertas quanto na sua venda, e de outro, encontra-se a sociedade segmentada entre a expectativa de cura prometida pela terapia celular e as implicações éticas de tal conduta – a instrumentalização do ser humano e a alteração da autocompreensão ética da espécie.

Lastreado na Constituição Federal, pois, cabe ao Direito Penal a proteção da vida embrionária desde o seu marco inicial: a união dos gametas masculino e feminino. É fato que o embrião, na qualidade de ser humano, tem direito à vida desde a sua concepção, independentemente do local onde esta ocorra: útero materno ou tubo de ensaio.

Inferese-se que a vida pré-pessoal consiste no bem jurídico-penal de caráter individual resguardado pelo tipo do artigo 24 da Lei de Biossegurança. E, dada a importância que a noção de bem jurídico ainda possui para a legitimação do Direito Penal na democracia constitucional, é imprescindível a releitura do aludido crime sob esta perspectiva.

Nesse sentido, a adequada interpretação que deve ser dada ao dispositivo é aquela que reconhece na conduta de utilizar células-tronco embrionárias para pesquisas e terapia figura típica e ilícita no Brasil, prevendo o legislador, todavia, excludente de ilicitude preconizada no artigo 5º do referido Diploma, cuja constitucionalidade está sendo discutida perante o Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIN nº. 3510.

O fundamento da excludente contida no artigo 5º da Lei, contudo, não está em harmonia com as demais hipóteses previstas no sistema penal, tampouco com o próprio valor vida e vida humana, previstos no Texto Constitucional.

Tal interpretação é a que assegura o bem maior previsto no Texto Constitucional que é a vida, desde o seu nascedouro. Ainda que não haja comprovação científica acerca do seu termo inicial, sabe-se que, a partir da fusão entre o ócito e o espermatozóide, há o surgimento de um novo ser, dotado de individualidade e patrimônio genético próprio.

Por outro lado, também se verifica a presença de outro interesse protegido pelo legislador: a intangibilidade da natureza humana, bem jurídico de caráter metaindividual.



Como salientado acima, o ser humano possui uma dimensão interna, uma autocompreensão ética, que o faz se reconhecer enquanto tal. A coisificação dos embriões atinge esta esfera de compreensão, na medida em que isto se reflete na forma de a própria humanidade de se enxergar. Assim, além da vida pré-pessoal, a incriminação da utilização dos embriões em pesquisas e terapia visa proteger a humanidade em outro direito: o da intangibilidade da sua natureza.

Essa manipulação do discurso, todavia, intenciona fomentar futura descriminalização da destruição dos embriões em prol das pesquisas com células-tronco, o que não pode ser tolerado, seja sob a matriz constitucional, seja por conta da suscitada intangibilidade do ser humano, diante do quanto evidenciado acima.

A tutela da vida embrionária e da intangibilidade da natureza humana não representa óbices ao avanço da ciência no campo da terapia celular na medida em que a destruição dos embriões não é a única fonte de células-tronco, tampouco a mais promissora.

Há grande potencial das células-tronco adultas e daquelas extraídas da placenta e do cordão umbilical, de forma que deve ser desmistificada a necessidade de utilização dos embriões como *conditio sine qua non* para a evolução da medicina regenerativa.

A ciência deve servir de instrumento ao homem para a realização da vida enquanto existência e dignidade, mas a recíproca não pode ser tolerada, sob pena de a humanidade perder a sua própria referência e o seu senso ético.

Ao seu tempo, não se pode perder de vista que ao Direito cumpre assegurar os bens mais caros à sociedade, entre os quais não somente a vida, em todas as suas vertentes, mais a própria qualidade de ser humano enquanto espécie.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMERICANO PRODUZ CÉLULA-TRONCO "ÉTICA". Disponível em: <[http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read\\_article.php?articleId=1036&highlight=destruir](http://comvisa.anvisa.gov.br/tiki-read_article.php?articleId=1036&highlight=destruir)>. Acesso em 3 fev. 2008.

BARTH, Wilmar Luiz. *Células-tronco e Bioética: o progresso biomédico e os desafios éticos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BERIANIN, Iñigo de Miguel. *El embrión y la biotecnología: un análisis ético-jurídico*. Granada: Ed. Comares, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURGET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.1.

BUGALHO, Nelson R. Sociedade do risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente, *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 4, n.6, p. 286-323, jan./jun. 2007.

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. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Liv. Almedina, 1999.

CARVALHO, Gisele Mandes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. In: PRADO, Luiz

Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 292-308.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CÉLULAS EMBRIONÁRIAS: Reino Unido autoriza criação de embriões híbridos de humanos e animais para fins terapêuticos. Disponível em: <<http://ww1.rtp.pt/noticias/index.php?article=320500&visual=26&rss=0>>. Acesso em 3 fev.2008.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONGRESSO ESPANHOL APROVA A CLONAGEM TERAPÊUTICA. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1688859-EI296,00.html>>. Acesso em 3 fev. 2008.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Rio de Janeiro: Itatiaia, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, p. 39-65, 2001.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: Una discusión a cerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Traducción Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

ENGELHARDTH Jr., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

ESTUDOS MOSTRAM NOVAS FORMAS DE CRIAR CÉLULA-TRONCO EMBRIONÁRIA. Disponível em: <<http://cienciaesaude.uol.com.br/ultnot/reuters/2007/06/06/ult4296u195.jhtm>>. Acesso em 3 fev. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Linguagem e tipicidade, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano1, n. 4, out./dez. 1993.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, 'Sociedade de Risco' e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Liv. Almedina, 2001.

GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n 49, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Proteção jurídico-penal da Biossegurança: algumas reflexões. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.5.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal la ley y el delito*. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2005.

LACADENA, Juan-Ramón. *Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas y jurídicas*. *Revista Der Gen H*, n. 12, , p. 191-212, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTÍNEZ, Julio Luis (Org.). *Células-tronco humanas: aspectos científicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Loyola, 2005.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. v. 1.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Clonagem: concretização do direito a sobreviver? *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 4, n.6, p.269-285, jan./jun. 2007.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAÍSES ONDE É PERMITIDO USAR CÉLULAS-TRONCO. Disponível em: <<http://www.brasilescola.com/biologia/celula-mae3.htm>>. Acesso em 3 fev.2008.

PIERANGELI, José Henrique. *El consentimiento del ofendido: una teoría del delito*. Traducción Luis Fernando Niño y Stella Maris Martinez. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo en Derecho penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, p. 197-221, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Disponível em: [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br). Acesso em 10 jan.2008

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÜNEMANN,, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n. 53, p. 09-37, mar/abr., 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TAVARES, J.E.X. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Traducción Monica Cuñarro, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2004.

VELÁZQUEZ, José Luis. *Del homo al embrión: ética y biología para el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa Ed., 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGO, Marco Antonio. *Células-tronco: a nova fronteira da medicina*. São Paulo: Atheneu, 2006.

ZIZEK, Slavoj. A falha da bio-ética. Tradução Luís Roberto Mendes Gonçalves. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, jul. 2002.