

**BIODIREITO E DIREITO PENAL:
LEI Nº 11.105/05 E O DESCARTE DE EMBRIÕES HUMANOS**

**BIOLAW AND CRIMINAL LAW:
LAW Nº 11.105/05 AND HUMAN EMBRYOS DISPOSAL**

**Cyntia Brandalize Fendrich¹
Fabio André Guaragni (orientador)²**

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise sobre a tutela penal relativa ao descarte ou liberação de embriões excedentes de técnicas de reprodução assistida. De forma específica, serão objeto de estudo os tipos previstos nos artigos 24 a 29 da Lei nº 11.105/05, em especial o artigo 27, o qual estabeleceu o crime de liberação ou descarte de OGMs (Organismos Geneticamente Modificados) no meio ambiente. Para tanto, o trabalho será dividido em três partes, sendo ao final expostas as conclusões. Na primeira, analisa-se o direito à vida e as teorias da origem da vida, abordando-se o direito à vida como direito fundamental e constitucionalmente previsto. Na segunda parte, a análise paira sobre o recentemente denominado Direito Penal do Risco, resultado da sociedade de risco que surge devido à evolução da sociedade e do modo com que se atribuem valores aos diversos bens jurídicos. A partir daí, verificam-se os desafios do direito penal perante a sociedade de risco. Na terceira e última parte é realizada análise sobre a tutela penal do descarte embrionário, tecendo-se comentários aos artigos 24 a 29 da Lei nº 11.105/05 em consonância com o previsto pela CTNbio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança). Ao final, são expostas as considerações conclusivas sobre o tema, principalmente no que se refere à aplicabilidade e força normativa do regramento legal relacionado ao descarte dos embriões excedentes. Para a realização da pesquisa, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e doutrinária essencialmente.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba. Advogada atuante na área do Direito Civil e Empresarial. Graduada pela Unicuritiba em 2005 e especialização em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2008. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba. Advogada atuante na área do Direito Civil e Empresarial.

² Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direitos das Relações Sociais pela UFPR. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Penal e Direito Penal Econômico do UNICURITIBA (Mestrado, Especialização e Graduação), da FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná. Professor do CEJUR e LFG.

PALAVRAS-CHAVE: embriões excedentes; reprodução assistida; biossegurança; direito penal do risco; tutela penal; descarte de OGMs.

ABSTRACT

This article aims the analysis of the penal law relating to the disposal or release of surplus embryos in assisted reproduction techniques. Specifically, it will be studied criminal types specified in articles 24 to 29 of Law n. 11.105/05 , specially article 27, which establishes the crime of release or disposal of GMOs (Genetically Modified Organisms) in the environment. Thus, the work will be divided into three parts, and the conclusions will be exposed at the end. Firstly, it will be analyzed the right to life and theories of the origin of life, addressing the right to life as a fundamental and constitutionally entrenched right. The second part of the analysis hangs on the newly named Criminal Law Risk, a result of the risk society that arises due to the evolution of society and the way in which values are assigned to the various legal interests. From this part, there will be studied the challenges of criminal law regarding the risk society. In the third and final part of the analysis, it will be analyzed the criminal protection of embryo disposal, making comments to articles 24 to 29 of Law n. 11.105/05 in the same way of what is provided by CTNbio (National Technical Biosafety Commission) . By the end , there will be exposed the concluding thoughts on the subject, especially regarding to the applicability and normative force of legal rules related to the disposal of surplus embryos . To conduct the survey, it was used essentially doctrinal literature and research.

KEYWORDS : surplus embryos; assisted reproduction; biosecurity; criminal law risk; criminal responsibility; disposal of GMOs .

1 INTRODUÇÃO

O congelamento de embriões saudáveis, excedentes das técnicas de reprodução assistida, passou a ser normatizado no início dos anos 90, quando a Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina proibiu o seu descarte. Mais recentemente citado Conselho, revendo o dispositivo, publicou em 09/05/13 a Resolução nº 2.013/2013, permitindo que 108 mil embriões já congelados sejam descartados nos próximos anos.

Com base nesta previsão do Conselho Federal de Medicinal, as clínicas de reprodução assistida podem se desfazer de embriões congelados há mais de cinco anos, desde que haja o consentimento dos genitores (doadores dos gametas).

A seu turno, a Lei de Biossegurança autoriza a destinação de tais embriões unicamente às pesquisas, desde que eles sejam inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28/03/2005). No mais, é omissa em relação ao descarte de embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida.

À vista deste panorama normativo, em que a Resolução do Conselho autoriza o descarte de embriões, aspecto quanto ao qual a Lei de Biossegurança é omissa, analisa-se inicialmente o *status* jurídico do embrião, se ele pode ser titular de direitos, buscando-se fundamentos nas teorias relativas à origem da vida humana. Convocam-se, para a análise, dispositivos constitucionais.

Em um segundo momento, aborda-se o tema com enfoque na sociologia do risco, voltando o estudo ao direito penal do risco, resultado dos novos bens jurídicos supraindividuais e disseminação dos delitos de perigo.

Passa-se então a uma análise pormenorizada da tutela penal do descarte embrionário, visando tratar do rol de tipos penais previstos nos artigos 24 a 29 da Lei nº 11.105/05, em especial o artigo 27, o qual estabeleceu o crime de liberação ou descarte de OGMs no meio ambiente.

Da análise observa-se que o Direito Penal, inserido no sistema de controle social como principal instrumento do Estado na atuação na proteção de bens jurídicos fundamentais, realiza o controle normativo por meio das normas destinadas a promover, além da pacificação social, também a própria sobrevivência da sociedade humana no planeta. Neste contexto, ganha força o direito penal ambiental.

A função do Direito Penal aqui abordada é inequivocamente a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos (ROXIN, 1997, p. 51; JESCHECK, 1981, p. 350; MUÑOZ CONDE, 1988, p. 50), tanto individualmente como coletivamente considerados, e sua

orientação necessariamente deve ser para a prevenção de ofensas a estes bens jurídicos, tal como o bem maior, a vida.

2 O DIREITO À VIDA

O estudo se inicia com a análise do direito à vida, tendo em vista o posicionamento de que o embrião humano representa uma vida humana. Este, que é o direito mais importante do ser humano, arrola-se como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, destaca a vida, não por coincidência, como primeiro dos direitos fundamentais:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Quanto ao embrião, possui expectativa de direitos, confirmada quando nasce com vida, assegurada pelo ordenamento infraconstitucional. O Código Civil dispõe em seu artigo 2º. que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, porém põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Portanto, conforme citado, de nossa legislação se extrai que todo ataque à vida do embrião representa uma violação do direito à vida.

Para a análise do que constitui este citado direito, faz-se necessário um apanhado das teorias da origem da vida humana, seja sob o aspecto religioso ou científico, para o fim de constatar se a vida é de fato o bem maior do ser humano.

2.1 Início da vida e personalidade do embrião

A personalidade jurídica é estabelecida pelo artigo 2º. do Código Civil, antecitado. Juridicamente, o marco inicial da vida assenta-se no instante em que ocorre o nascimento com vida. Todavia, dúvidas surgem em se precisar o momento do nascimento com vida, em especial nos casos de reprodução assistida em laboratório.

Diversas teorias buscam estabelecer o marco inicial da vida, sendo as principais a concepcionista e a natalista. Segundo a primeira corrente, a personalidade teria início no momento da concepção do feto e não no momento do nascimento com vida. A personalidade

do nascituro seria incondicional, independente de evento futuro, estando seus direitos personalíssimos (vida, liberdade, saúde) garantidos desde a concepção do feto.

Para a corrente concepcionista, alguns efeitos de direitos, tais como os efeitos patrimoniais, dependeriam do nascimento com vida. A titularidade dos direitos não seria discutida, havendo apenas que se analisar a capacidade para dispor de seus direitos. Assim, em relação aos direitos patrimoniais, o nascimento sem vida seria condição resolutiva.

DINIZ (2010, P. 12) é uma das defensoras de que a vida humana começa com a concepção, sendo que desde tal preceito existe o ser humano e, portanto, merece respeito ao seu direito à vida. Para ela, o feto é um ser que possui sua individualidade, não se confundindo com seus genitores, o que confirma a sua posição de adepta à corrente concepcionista.

A segunda corrente, natalista, defende que a personalidade jurídica seria iniciada com o nascimento com vida, sendo que os direitos assegurados ao nascituro constituiriam mera expectativa de direitos, os quais seriam concretizados apenas em razão do nascimento com vida. No entanto, esta teoria não explicaria por completo a situação jurídica do nascituro, pois não menciona a razão do reconhecimento de direitos ao nascituro. “Quando o código menciona colocar a salvo seus direitos (do nascituro), o faz fixando esta personalidade como sendo um pré-requisito ou mesmo um pressuposto para que se possam adquirir direitos e contrair obrigações”. (RAFFUL, 2000, p. 270).

Apesar de criticada, a corrente natalista prevê direitos ao nascituro, todavia estariam subordinados a uma condição, qual seja, o nascimento com vida.

As demais teorias que visam estabelecer o início da vida condicionam esta determinação à verificação de fatores fisiológicos capazes de evidenciar a existência da individualidade humana através da diferenciação das células do embrião.

Neste sentido, uma corrente fundamenta sua teoria citando que o início da vida se dá no momento da fertilização com a formação do zigoto. Outra corrente defende que vida somente surge a partir da quarta semana do zigoto, o qual é denominado de embrião. Uma terceira corrente defende que a vida se inicia com a nidação do embrião na parede do útero.

Ainda, outra corrente entende “[...] só ser possível a identificação da individualização humana na fase do blastocisto, ou seja, após os quatorze primeiros dias posteriores à fecundação, quando se tem a formação rudimentar da organização do sistema nervoso central” (ARAÚJO, 2007, p. 6).

Importante consignar que a Resolução nº. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina distingue o embrião do pré-embrião, entendendo-se este como o que foi desenvolvido até

quatorze dias após a fecundação; a partir de quatorze dias tem-se propriamente o embrião.

Examinadas as correntes doutrinárias defensoras dos diversos momentos em que a vida se inicia, assim como as posições adotadas, percebe-se que doutrinariamente não há um consenso. Juridicamente, quanto à aquisição da personalidade jurídica, nossa legislação adota expressamente a corrente natalista.

Das teorias citadas, observam-se alguns aspectos comuns, tais como: a) o embrião não é nascituro, porque não se encontra em desenvolvimento no ventre materno; b) não é prole eventual, porque já foi concebido; c) não é pessoa natural, porque não nasceu.

Diante do exposto, não há dúvida de que o embrião criopreservado deve ser protegido, contudo é inapropriado fazê-lo conforme a exegese do art. 2º. do Código Civil, pois que, além de estar fora do ventre materno, representa uma expectativa de vida, ou seja, pode se tornar ou não uma pessoa.

Na suma: a partir da fecundação já contamos com vida. Contudo, para fins legais, é a fase da nidacão e da formação do sistema nervoso, na qual se permite a diferenciação celular, aquela em que se reconhece a individualidade humana, viabilizando o desenvolvimento do feto para logo após o parto se tornar uma pessoa.

Assim, a formação do sistema nervoso poderia ser utilizada como critério para a utilização dos embriões criopreservados para a pesquisa, desde que oriundos da sobra da reprodução assistida, uma vez que jamais se tornarão pessoas.

Esta necessidade de se definir o momento inicial da vida, momento em que o embrião passa a ser considerado um ser humano, influencia na legalidade do próprio processo de procriação artificial e das pesquisas com células-tronco embrionárias, vez que a vida e a dignidade da pessoa humana são bem jurídicos de relevância singular (ARAÚJO, 2007, p. 7).

2.2 A proteção da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 apresenta diversos artigos que asseguram a proteção do ser humano, seja no que se refere à proteção à vida, saúde, igualdade, liberdade, segurança, um meio ambiente equilibrado, ou seja ao garantir proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do vetor constitucional, a bioética, tendo em vista os grandes interesses sociais envolvidos, surgiu como limitador das pesquisas científicas, a fim de conter abusos que possam ser praticados contra o ser humano. Ocorre que as pesquisas médicas têm

avançado rapidamente nas últimas décadas, em especial a pesquisa genética, visando especialmente a cura para determinadas doenças.

O princípio da dignidade humana fornece fundamento ao pensamento bioético, constituindo sua base fundamental. O *status* de princípio e o valor fundamental à dignidade da pessoa humana foi conferido pela Constituição Federal, logo no inciso III do seu artigo 1º:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]"

Extraí-se do referido princípio que a dignidade da pessoa humana independe das circunstâncias concretas, pois inerente a toda e qualquer pessoa, pois todos são iguais em dignidade, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com os seus semelhantes e consigo mesmas. Não é diverso o entendimento estampado no artigo primeiro da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Em seus estudos, o professor Ingo Sarlet (2001, p. 60) propõe um conceito de dignidade da pessoa humana:

"[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".

Portanto, tem-se que a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca do ser humano é irrenunciável, inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

Assim, a base de sustentação que oferece condições para que o Estado intervenha nas pesquisas e descobertas científicas é a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, incorporado pela nossa legislação constitucional e infraconstitucional. Vale dizer: o princípio

da dignidade da pessoa humana assegura aos embriões a proteção jurídica frente ao descarte de material genético e sua utilização para estudos de células-tronco.

Pacificase portanto o entendimento quanto ao valor inerente ao indivíduo: a sua dignidade, o que importa afirmar que aos embriões aplica-se o princípio da dignidade humana e a proteção do direito à vida, concluindo-se que toda a atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humana assegurados constitucionalmente.

2.3 O direito à vida, à igualdade, à identidade

O artigo 5º da Constituição Federal garante ao indivíduo o direito à igualdade, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à segurança, a qual envolve o direito à integridade física e moral, entre outros. Ainda, o artigo 196 do mesmo texto reconhece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, sendo que para possibilitar a realização deste direito, é dever do Estado estabelecer políticas públicas para a redução do risco de doenças, oportunizando o acesso universal e igualitário à população.

Apesar do direito à vida ser assegurado na Constituição Federal, o texto não se referiu ao estágio da vida humana tutelada, seja embrião ou nascituro. Restaram ainda protegidas expressamente pela Constituição a maternidade e a priorização dos direitos da infância.

Diante deste cenário, a tutela jurídica do embrião é preocupante, pois não há consenso sobre o estatuto jurídico do embrião, sendo que sua proteção é garantida pela vedação de seu descarte ou comércio, havendo apenas a previsão de sua destinação à pesquisas com células-tronco.

O corpo humano não pode ser objeto de atividade mercantil, pelo princípio da indisponibilidade do corpo humano, conforme prevê o artigo 199, parágrafo 4º da Constituição. Não à toa, a Lei de Biossegurança seguiu a mesma orientação. Ao permitir a doação de embriões para pesquisa, criminalizou a possibilidade de comercialização de material biológico, fazendo referência ao crime do artigo 15 da Lei nº 9.434/97, que veda a compra e venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

A doação de órgãos, de sangue, tecidos e leite materno é estimulada, mas a prática remunerada de qualquer destes elementos do corpo humano, deve ser considerada como um caso grave de ilicitude penal e civil, do mesmo modo que a remuneração pela cessão de útero, nos casos de maternidade por substituição.

No mesmo sentido, faz parte integrante dos direitos personalíssimos o direito à identidade, o direito do indivíduo em conhecer sua origem, de reconhecer-se como ser único, tendo importância intrínseca e pertencente a todo ser humano, indistintamente. Decorre ainda do princípio da igualdade entre todos os homens o direito de não receber tratamento discriminatório.

Em se tratando, portanto, do embrião resultante de uma técnica de reprodução assistida, percebe-se que a ofensa à vida se observa na questão relativa à sua destruição, em decorrência da retirada das células-tronco.

Por esta razão, a Lei de Biossegurança é alvo constante de críticas, especificamente no que tange à permissão de utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos em fertilizações e que não foram transferidos para o útero materno.

Com base na análise realizada, pode-se afirmar que há um descompasso entre a Lei de Biossegurança e os preceitos constitucionais que consagram o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. E a discussão encontra mais divergência pelo fato de que as células-tronco embrionárias não são as únicas células com poder de multiplicação celular, podendo ser utilizadas para os estudos as células adultas também.

3 SOCIEDADE DE RISCOS E DIREITO PENAL

É característico do constitucionalismo brasileiro, assim como em grande parte no mundo, a defesa dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, tais como direito à vida, igualdade e dignidade humana.

Neste aspecto, o direito penal aparece para inibir condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum. No entanto, atualmente, o direito penal tem procurado minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos.

Explica-se. Vislumbram-se dois contextos, de um lado está a defesa da teoria do bem jurídico estritamente individualista, pela qual o direito penal deve dedicar-se tão somente à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia, já que o direito penal não pode tutelar bens jurídicos vagamente configurados.

De outro lado verifica-se a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuições de responsabilidades, a fim de que o direito penal angarie condições para atuar na

proteção aos bens jurídicos supra-individuais e no controle dos novos fenômenos do risco. Neste contexto, o direito penal transforma-se, a fim de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e cumprir seu papel de oferecer a ela segurança e estabilidade.

3.1 As transformações do direito penal

O desenvolvimento social, urbano e tecnológico somado ao crescimento populacional, fez surgir demandas sociais por mais segurança, frequentemente pleiteadas como mais punição penal. BECK (2008, p. 32) aponta uma sistemática troca de liberdade por segurança, desde que o risco assumiu papel central para as tomadas de decisões políticas. No entanto vem à tona um problema de adequação: as estruturas e institutos do Direito Penal tradicional servem à tarefa de acabar com a insegurança? Conquanto Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 155) constate que o direito penal está em adaptação, visando ao atendimento das novas expectativas preventivas, revela-se pessimista. Esclarece que a transformação resultou no Direito Penal do Risco, fundado na sociedade de risco, com características bastante peculiares quando em confronto com o modelo de Direito Penal tradicional.

Na chamada sociedade de risco a produção social de riqueza é acompanhada por uma correspondente produção de riscos. Ao mesmo tempo em que se assiste a um extraordinário desenvolvimento tecnológico e social, observa-se o aumento dos riscos de procedência humana a que a sociedade é exposta.

Grande parte destas ameaças provém de decisões tomadas por outros cidadãos no manejo dos avanços tecnológicos, destacando, assim, riscos ao meio ambiente e ao ser humano, que derivam das modernas aplicações resultantes dos avanços na genética, energia nuclear, informática, biologia, entre outras áreas.

Segundo Fabio André Guaragni, (2011, p. 73), interessa-nos o estabelecimento de pontes entre o direito penal e outras disciplinas, iniciando-se com a sociologia: “[...] O primeiro contributo provém da sociologia do risco, que põe em evidência o descontrole dos riscos procedentes de tecnologias humanas como marca característica dos nossos tempos [...]”. Portanto, a sociedade experimentou grandes mudanças que repercutiram diretamente no direito penal, tais como a criação de novos bens jurídicos supra-individuais e a disseminação dos delitos de perigo.

O surgimento destes novos bens jurídicos demandaram nova tutela penal, em razão das mudanças proporcionadas pelo grande desenvolvimento técnico e científico. É esse o caso, por exemplo, da genética, do meio ambiente, da ordem econômica, e também das

relações jurídicas travadas pela *internet*, que são chamados de bens jurídicos supraindividuais, uma vez que sua titularidade é exercida por uma coletividade indefinida de indivíduos.

Esses bens jurídicos novos, em razão de sua própria natureza, são indeterminados, dificultando o seu enquadramento no sistema penal. Porém, o direito penal, a fim de abarcar essas condutas que antes não eram previstas como penalmente relevantes, passa a descrever em seu tipos de injusto situações de perigo que se situam em uma fase prévia à produção do dano.

Dentre as novas vertentes da transformação do direito penal, assiste-se a sua atuação nos ramos ligados à biotecnologia. Conforme ressalta Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 42) a preocupação com a regulação dos conflitos decorrentes do uso da biotecnologia tem conduzido a questionamentos que levam ao seu chamamento como recurso capaz de dar efetividade às diretrizes traçadas pela Bioética.

Um dos pontos marcantes da nova legislação penal, gestada pelas transformações impostas pela sociedade de risco, é a proliferação de normas penais em branco. A norma penal em branco é aquela cujo preceito primário é completado por outra norma, “no todo ou em parte” (MARINUCCI & DOLCINI, 2001, p. 114)³. Nas leis penais em branco em sentido amplo, o tipo encontra complemento noutro setor da legislação, podendo ser em outro artigo da mesma lei ou em outra lei. Já na norma penal em branco em sentido estrito, a complementação está incluída em uma norma que não emana do poder legislativo e, enquanto fonte normativa formal, é hierarquicamente inferior à lei.

Nessa última hipótese encontram-se alguns tipos penais relativos à biotecnologia previstos especialmente na Lei nº 11.105/05. Com efeito, os crimes previstos nos artigos 27 e 29 da Lei de Biotecnologia, por exemplo, são expressos a referir que o crime neles previstos somente se configura nos casos em que a conduta do autor está em “desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização”.

4. A TUTELA PENAL DO DESCARTE EMBRIONÁRIO

³ Conquanto não seja tema deste trabalho, cumpre salientar que a remissão integral à norma diversa, sobretudo com hierarquia inferior à lei, conduz à inconstitucionalidade da norma penal em branco, à vista do art. 5º, XXXIX, CR. Em sentido reverso, admitindo remissão integral, WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. (Trad. José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004, p. 181, ao definir leis penais em branco como “aquelas que contêm só a ameaça da pena e no que respeita ao tipo remetem a outras normas”. Quanto à definição da norma em branco concentrar-se na fonte formal de complementação – ao invés de material –, CURY, Enrique. *La Ley Penal en Blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, pp. 39-40, ao conceituar norma penal em branco como “toda aquela que remete o complemento do seu preceito à disposição distinta, quaisquer que sejam a origem e localização desta última”.

4.1 Aspectos gerais da Lei de Biossegurança

A Lei de Biossegurança tem como objeto estabelecer o regime jurídico aplicável às normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação em meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, depreendendo-se, desde já, maior abrangência e avanço quando se compara à lei anterior, procurando encerrar todos os aspectos jurídicos que envolvem as relações por ela reguladas (artigo 1º. da Lei nº 11.105/05).

A intenção do legislador ao elaborar mencionada Lei de Biossegurança foi o de proporcionar mais um meio de proteção ora do patrimônio genético humano ou genoma humano (artigos 24 a 26), ora do patrimônio genético ambiental (artigos 27 a 29), sob a rubrica genérica da biossegurança. Sua finalidade é evitar eventuais perigos ou reduzir os danos para a saúde humana ou o meio ambiente derivados de tais atividades, com a observância do princípio da precaução.

O princípio da precaução decorre da ausência de conhecimentos sobre a periculosidade de determinadas atividades. Assim, deriva da inexistência de certeza científica ou estatística sobre os resultados concretos decorrentes destas atividades, seja de caráter lesivo ou perigoso. Complementa MACHADO (2008, p. 13-14) que o termo biossegurança designa a segurança dos novos procedimentos e técnicas em relação à vida existente no planeta.

Com o intuito de regulamentar as normas de segurança acerca de OGMs e derivados, a Lei de Biossegurança dispôs sobre a Política Nacional de Biossegurança e destinou seis artigos (artigo 24 a 29 do Capítulo VIII denominado Dos Crimes e das Penas) para tipificar crimes relacionados ao tema.

Fixado o objeto da citada lei, interessa-nos identificar a seguir os tipos penais dos arts. 24 a 26, relacionados e a tutela conferida ao embrião, sua manipulação, destinação e descarte.

4.1.2 Utilização de embriões humanos em desacordo com a Lei

O artigo 24 da Lei de Biossegurança prevê como crime “Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o artigo 5º desta Lei”. A pena estipulada é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Já o artigo 5º, por sua vez, dispõe que:

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.

O crime previsto no artigo 24 da Lei de Biossegurança relaciona-se com a previsão legal sobre pesquisa científica das células-tronco. Trata-se de norma penal em branco *lato sensu*, de complementação homogênea univitelina (complementação de lei mediante lei, com norma complementadora e complementada no mesmo diploma legal). Realiza remissão estática, uma vez que refere direta e expressamente a norma complementadora. Dessa maneira, a norma penal incriminadora dita que a utilização de embrião humano para pesquisa e terapia que não sejam inviáveis ou congelados há menos de três anos reveste-se de característica delituosa.

Observa-se que o bem tutelado é a vida, cuja proteção se dá sob a ótica da dignidade da pessoa humana, uma vez que a proibição incorre sobre o embrião humano viável, assim considerado a partir de conceito determinado pela biologia.

No entanto PRADO (2009, p. 351-352) diverge quanto ao bem jurídico tutelado. Afirma tratar-se da vida humana em formação, o denominado embrião humano. Ele alerta que a Lei de Biossegurança não utiliza o termo pré-embrião, em virtude da adoção, pelo ordenamento nacional, da teoria concepcionista do marco inicial da vida humana (há colisão entre esta posição e a orientação do CC, quanto à aquisição da personalidade jurídica). Muito embora Prado mantenha este entendimento, considera ele que “[...] a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada desde a concepção.”

Ainda sobre o bem tutelado, SOUZA (2007, p. 21-22) prevê que os bens jurídicos tutelados pelo tipo inserido no artigo 24 da Lei de Biossegurança seriam tanto a vida humana embrionária, quanto a dignidade reprodutiva humana, posto que o próprio estatuto da

reprodução da espécie poderia vir a sofrer degradação pelo desrespeito em relação à destinação de seu produto, representado pelo embrião.

E, de forma mais genérica, HAMMERSCHMIDT (2007, p. 347) defende que o bem jurídico-penal supraindividual vem a ser a própria biossegurança, elevada ao posto de bem categorial deste gênero de delitos, muito embora outros bens jurídicos específicos sejam tutelados de forma subsidiária em cada figura típica contida na Lei nº 11.105/2005.

A Lei ainda determina que seja respeitado o prazo de 3 anos de congelamento, para que se proceda a utilização dos embriões no campo da pesquisa terapêutica, considerando a perspectiva de vida futura de embrião viável.

Conquanto se possa aventar tratar-se de crime próprio, por depender da caracterização específica do sujeito ativo como pesquisador que utiliza células embrionárias, em verdade o texto de lei não alude a qualquer sujeito ativo. De outro lado, possibilidades de realização típica como a comercialização não exigem a condição profissional de pesquisador.

A adequação típica ao tipo objetivo consiste na conduta utilizar, sendo que o elemento subjetivo do tipo é o dolo. O crime comporta tentativa, quando condições externas ao pesquisar o impeçam de utilizar os embriões em desacordo com as exigências legais.

4.1.2.1 Da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de biossegurança

O artigo 5º. da Lei de Biossegurança já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2008, cuja tese central era de que a vida inicia-se na fecundação e que a autorização da pesquisa com células-tronco violaria dois direitos constitucionais: o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Na inicial da ADI, sustentou-se que o zigoto, constituído por uma única célula, é um *ser humano embrionário*. Ainda, que é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e proporcionado ambiente próprio para seu desenvolvimento. Por fim, sustentou que a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Resumidamente, o argumento que fundamentou a inicial da ADI era de que o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas naquela ação autorizavam.

A tese inicial da ADI foi sustentada com base na visão de alguns geneticistas que afirmam que a vida começa na concepção, entre eles Dernival da Silva Brandão (apud MARTINOTTO, 2013, p. 01-02) :

O embrião é um ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida.

A ADI gerou insegurança nos julgadores do Supremo, os quais optaram por realizar uma audiência pública para discutir a matéria entre especialistas. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, defendeu seu posicionamento na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal (ADI 3510, p. 150-151):

"Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença."

De outra senda, Lenise Garcia, professora do Departamento de Biologia da Universidade de Brasília, defendeu em audiência pública que (ADI 3510, p. 151):

"Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. [...] Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento [...]. Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas [...]. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepitível".

Como resultado da ADI nº 3510, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela sua improcedência e pela conseqüente declaração da constitucionalidade do artigo 5º. da Lei n. 11.105/2005.

Vale transcrever trecho da decisão do Ministro Relator, Carlos Brito, nas considerações iniciais do seu voto, consignando uma reflexão sobre o significado da *vida* em nosso ordenamento (ADI 3510, p. 142-209):

"Falo pessoas físicas ou naturais, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º. do Código Civil Brasileiro chama personalidade civil, *literis*: 'A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro'. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho da personalidade perante do Direito (teoria natalista, portanto, em oposição às teorias da personalidade condicional e da concepcionista). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica."

Para o ministro relator da ADI 3510 somente se pode falar em indivíduo quando este for perceptível a olho nu, quando tiver sua própria história de vida, sendo definido como membro dessa ou daquela sociedade civil. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome.

Em análise posterior, o Ministro relator passa a interpretar os comandos da Constituição Federal, e conclui que esta não esclarece quando se inicia a vida humana. Ao final, conclui que a Constituição não protege a vida em todo e qualquer estágio, mas somente a vida que já é própria de uma concreta pessoa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. Portanto, na decisão do relator a inviolabilidade de que trata o artigo objeto da ação é exclusivamente para pessoas já nascidas, de um indivíduo já personalizado.

Em síntese, pode-se dizer que para os Ministros que votaram pela improcedência da ADI 3510, um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação no útero de uma mulher, não é pessoa humana e, portanto, não é amparado pelo princípio constitucional da inviolabilidade da vida.

Não somente o direito à vida, mas também o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi amplamente utilizado para justificar o voto dos ministros na ADI 3510. Interessa transcrever trecho do voto do Ministro Eros Grau (ADI 3510, p. 449-460):

"Dir-se-á ainda, por outro lado, que o topos da dignidade da pessoa humana pode ser tomado para afirmarmos coisas distintas, inclusive antagônicas. Mas uma delas seria assim: a utilização de óvulo fecundado congelado há mais de três anos, com a prévia autorização dos que viriam a serem pais do embrião que poderia dele decorrer, é adequada à afirmação da

dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida."

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Brito abordou a dignidade da pessoa humana, distinguindo as normas infraconstitucionais e as diferentes etapas do desenvolvimento da pessoa. Afirma que a potencialidade de algo se tornar pessoa humana já é "meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica". Ao tratar de princípio da dignidade humana, o Ministro Relator da ADI assim conclui (ADI 3510, p. 142-209):

"As três realidade não se confundem: o embrião é o embrião, o feto e o feto e a pessoa humana é pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego "meta" a significar, aqui, a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja uma planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.[...] Assim, a dignidade humana é adquirida em etapas e no caso das células-tronco embrionárias, divide-se em dois planos de realidade: o da vida humana extra-uterina e o da vida humana intra-uterina, ou seja, cada coisa tem o seu momento, não por efeito de uma unânime "convicção metafísica, mas porque assim é que preceitua o ordenamento jurídico".

Portanto, ainda que constitua matéria polêmica, seja em consideração à religião, ao pensamento ético ou sociológico, resta pacificada no Supremo a constitucionalidade do referido artigo 5º da Lei de Biossegurança, nos termos gizados.

4.1.3 Praticar engenharia genética com célula germinal, zigoto ou embrião humano

O artigo 25 da Lei de Biossegurança dispõe que é crime "Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano", estabelecendo pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O bem jurídico tutelado neste dispositivo é a vida, abrangendo conseqüentemente as futuras espécies, buscando-se preservar a dignidade da pessoa humana, materializada no desenvolvimento natural do ser.

Novamente, conquanto se afirme que o tipo penal é crime próprio, dada a qualificação do sujeito ativo, que depende de específico elemento, qual seja, participar do ambiente da pesquisa científica, o fato é que não há referência a caracteres especiais do agente no texto legal. Conquanto raro, nada impediria o desenvolvimento de reportada manipulação por pessoa leiga, em ambiente desajustado.

O tipo objetivo aborda a conduta praticar, proibindo que se execute, faça ou realize qualquer forma de engenharia genética. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, trata-se de crime doloso, em que se vislumbra a necessidade, para se configurar o injusto penal, de consciência e vontade para a prática dos elementos do tipo, não existindo previsão culposa, nem de qualificadoras ou causas de aumento de pena (PRADO, 2009, p. 355).

A princípio, o tipo penal do artigo 25 permite a forma tentada, sendo consumado a partir da efetiva manipulação genética da célula germinal humana, do zigoto ou embrião humano.

Dada a especificação do tipo penal, insta esclarecer que em virtude do exposto no artigo 3º, inciso IV, a Lei de Biossegurança supostamente acolheu uma acepção estrita de engenharia genética, equiparando-a à manipulação genética molecular, o que tende a limitar o campo de aplicação do delito analisado, restando excluídas do âmbito de tutela desta norma as técnicas de reprodução humana assistida, mas também outras que não implicam a manipulação direta das moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN), de ácido ribonucleico (ARN), material genético que contém as informações.

Embora empregadas como sinônimos, engenharia genética (ou manipulação genética própria) não se confunde com a manipulação genética em sentido amplo (ou imprópria), de modo que a engenharia genética humana pressupõe sempre uma modificação, total ou parcial, do genoma de uma célula ou organismo mediante a adição, substituição ou supressão de um ou mais genes (SOUZA, 2007, p. 23-24).

Assim sendo, crimes de engenharia ou manipulação genética humana seriam “[...] aquelas atividades que, de modo programado, permitem modificar total ou parcialmente o genoma humano, com fins não terapêuticos reprováveis, mediante a manipulação de genes” (SOUZA, 2007, p. 24).

Devido ao exposto, é de se observar que ficou fora do campo de proteção do artigo 25 condutas graves como, a título de exemplo, a criação de embriões humanos com características pré-selecionadas, super-embriões, ou a mistura de informação genética humana com o genótipo de outros animais.

Nos ensinamentos de MACHADO (2008, p. 208), a proibição da manipulação

genética de células germinativas humanas e de zigoto e embrião humanos revelou-se acertada, ante o princípio da precaução, “[...] haja vista que os riscos que tais procedimentos podem trazer para a espécie humana como um todo ainda são imprevisíveis.” Todavia, emerge flagrante crítica ao uso de reportado princípio – transportado sobretudo do direito administrativo ambiental – pelo direito penal. É que seu pressuposto é a falta de certeza sobre a lesividade do comportamento, ao passo que o direito penal orienta-se justamente pela exigência avessa: a certeza de que o comportamento contém carga lesiva capaz de gerar dano ou, no mínimo, perigo de dano, ainda que abstrato (apoiado em regras de experiência, patamares científicos de certeza e relevância estatística entre o comportamento coibido e o resultado que se pretende evitar).

Como já se mencionou, entende-se que o bem protegido pelos delitos relacionados ao patrimônio genético humano é a identidade genética humana, que constitui uma nova dimensão do valor dignidade humana, revelada pelo advento da sociedade de risco. Colocada assim a questão, qualquer conduta manipulatória potencialmente ofensiva a esse bem jurídico-penal é típica, desde que produtora de crime de perigo abstrato.

4.1.4 Realizar clonagem humana

O artigo 26 da Lei de Biossegurança estabelece que é crime “Realizar clonagem humana”, prevendo ainda a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Segundo PRADO (2009, p. 356), clonagem consiste em um “[...] processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética”, ou seja, trata-se de duplicar o material genético de uma célula ou organismo, sem, todavia, alterá-lo.

O bem jurídico que o artigo 26 visa tutelar é a vida, preservada também sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No entanto, PRADO (2009, p. 356) assenta que duas são as categorias de bens tutelados pela norma: de modo direto, a identidade e a irrepetibilidade do ser humano individualmente tomado e indiretamente, a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.

Por se tratar de crime comum, não prevendo a lei diversamente, pode ser em tese praticado por qualquer pessoa. Mas há entendimento diverso, do qual discordamos, no sentido de ser crime próprio, em razão das especificidades que circundam o sujeito ativo (pesquisador ou aquele que tem vínculo com a pesquisa genética).

Quanto ao sujeito passivo, PRADO (2009, p. 356) aponta para a existência de dois

deles, a saber, o clone nascido por meio da eventual clonagem e a coletividade ou a espécie humana globalmente considerada.

A adequação ao elemento subjetivo do tipo é a vontade do agente, o dolo na realização dos elementos do tipo. Não se pune a clonagem na sua forma culposa, ante a ausência de previsão legal. Neste crime cabe tentativa, quando, por circunstâncias alheias a vontade do pesquisador, não se consegue buscar o resultado, o produto ultimado: a clonagem ou atos dessa qualidade.

Discute-se se no injusto penal considera-se exclusivamente a clonagem humana reprodutiva, e não a terapêutica. Essa, em função de sua importância no saneamento de várias doenças degenerativas, apresenta-se como um dos principais instrumentos de cura, na busca de uma sadia qualidade de vida, uma das premissas que sustentam o arcabouço normativo de tutela do meio ambiente e da biodiversidade. Porém, o tipo não faz restrição, em seu texto, ao primeiro modelo de clonagem.

Não obstante a evolução da ciência que se reflete na viabilidade da clonagem, é grande a preocupação quanto aos resultados de sua utilização. Assim, a análise deste artigo 26 e sua aplicação em casos práticos deve, obrigatoriamente, considerar princípios intrínsecos ao meio ambiente como o direito difuso, a precaução e a prevenção.

4.2 Das penas na Lei de Biossegurança

Concluída a análise pormenorizada dos crimes previstos na Lei de Biossegurança respectivos ao embrião humano, há de se ressaltar que a sistemática punitiva presente na Lei n.º 11.105/05 utilizou penas privativas de liberdade e multas.

É possível, sem embargo, a aplicação das penas restritivas de direito, haja vista o caráter subsidiário do CP, art. 12. Assim, poderá o juiz, no uso da sua liberdade julgadora, decorrente da regra do artigo 44 do Código Penal, se atendidos os requisitos, substituir a pena por restritiva de direitos.

A Lei de Biossegurança estabelece a detenção como modalidade de cumprimento de pena para os sujeitos que se enquadrarem na conduta prescrita no artigo 24. Para os demais tipos penais, estabeleceu a lei o regime de reclusão. Cabe ponderar, entretanto, posicionamento de Régis Prado quanto ao tema:

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado,

semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33º., caput, do Código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para o regime fechado, demonstrada a necessidade da medida. (PRADO, 2005, p. 576).

Neste sentido, verifica-se que o sujeito que praticar crimes previstos na Lei de Biossegurança poderá ser condenado ao cumprimento de penas privativas de liberdade, pena restritiva de direitos ou multa, dependendo das condições, agravantes e minorantes que envolverem o caso.

4.3 Do descarte do embrião humano

Nosso ordenamento jurídico permite que o processo reprodutivo seja realizado artificialmente, por meio da inseminação artificial homóloga ou heteróloga, uma vez que o projeto de parentalidade é uma garantia constitucional. Contudo, as técnicas utilizadas para tanto geram problemas de ordem ética, moral, religiosa, psicológica e jurídica quanto aos embriões excedentes.

Conforme citado anteriormente, nosso Código Civil não disciplinou a destinação dos embriões excedentários. O embrião criopreservado não é protegido segundo o modelo clássico previsto no Código Civil, porquanto não é nascituro, já que não se encontra no ventre materno. Ainda, não é prole eventual, porque já foi concebido, e tampouco é pessoa, porque ainda não nasceu. Ressalte-se que ser pessoa, juridicamente, não é apenas existir biologicamente, mas relacionar-se com o mundo.

Portanto, o embrião representa uma expectativa de vida, pois pode ficar meses ou anos congelado em laboratório, sem jamais nascer. Do ponto de vista ético, os embriões excedentes terão destinação mais nobre se forem utilizados para pesquisas do que se forem mantidos congelados indefinidamente ou se forem descartados em razão de nossa legislação permitir que haja sobras.

A Lei de Biossegurança, embora discipline OGMs, tratou de forma bem sucinta o descarte de embriões, tema muito polêmico. Não obstante, protege a dignidade do embrião, uma vez que proíbe a sua criação para fins de pesquisa, determinando que apenas sejam utilizados os inviáveis e aqueles que estiverem congelados há mais de três anos até a data da vigência da Lei, e desde que haja anuência dos progenitores e aprovação do Conselho de Ética.

Do ponto de vista ético, observa-se que o próprio Código Penal excluiu a punibilidade do aborto no caso de gravidez decorrente de estupro, estabelecendo uma valoração moral e jurídica diferenciada entre a vida do feto oriundo dessa situação e a dos demais.

Logo, atribuir ao embrião natureza de pessoa ou personalidade seria um exagero, uma vez que este poderia permanecer indefinidamente como uma potencialidade. Seria razoável, à luz do princípio da dignidade humana, conferir ao embrião uma tutela específica, impedindo sua criação exclusivamente para pesquisa, legislação esta que ainda está para ser criada.

5 CONCLUSÃO

Do estudo realizado conclui-se que as inovações da ciência e da biotecnologia devem ter ingresso no direito como instância capaz de concretizar o mínimo ético desejado. E neste sentido, o direito penal é confrontado não apenas com as questões postas pela Bioética, mas, de forma geral, com o problema relativo ao oferecimento ou não de tutela às outras situações impostas pela sociedade pós-moderna.

Neste modelo social, cujo elemento central é o risco, que passa a integrar a própria tipicidade no âmbito da teoria geral do delito, o Direito Penal atua mais preventivamente, ainda que por meio dos delitos de perigo, mas sem de fato abandonar sua missão constitucional de necessária proteção subsidiária de bens jurídicos especialmente indispensáveis à vida, em suas dimensões pessoal e coletiva.

No ano de 2005, com a superveniência da Lei Federal nº 11.105, denominada Lei de Biossegurança, fixaram-se parâmetros político-criminais de proteção penal do patrimônio genético humano, ora ampliando o âmbito de tutela eventualmente dispensada, ora intervindo minimamente neste âmbito.

No que diz respeito ao embrião humano *in vitro*, a Lei de Biossegurança permitiu seu uso em pesquisas científicas terapêuticas, desde que atendidas as condições previstas no artigo 5º e seus respectivos parágrafos daquele diploma legal. Apesar de criticada, após decisão da ADI nº 3510/2008, restou pacífica a constitucionalidade do artigo 5º da Lei.

A iniciativa da Lei de Biossegurança em assegurar um conjunto normativo de cunho penal foi louvável. Porém, a harmonia do *corpus* legislativo é questionável. Os delitos contra o patrimônio genético humano, previstos na Lei de Biossegurança, tutelam diferentes bens jurídico-penais. A delimitação doutrinária dos bens jurídico-penais nela reportados também é imprecisa.

Analisada a redação legislativa dos tipos ali contidos, concluiu-se que a solução de tutela do patrimônio genético do homem encontrada pela Lei de Biossegurança de 2005 é parcialmente conforme a orientação político-criminal de intervenção mínima e a exigência de ofensividade impostas pela Constituição da República de 1988, uma vez que não se expôs, com clareza devida, quais as condutas objetivamente idôneas a criar um injusto de perigo ao bem identidade genética humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo**. Salvador: Revista Jurídica UNIFACS, julho 2007.
- BECK, Ullrich. **La Sociedad del Riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.
- BIOSSEGURANÇA, Lei de. **Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em 07/02/2014.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992**. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 06/02/2014.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUARAGNI, Fábio André. **A função do direito penal e os "sistemas peritos"**. In: CAMARA, Luiz Antonio e GUARAGNI, Fábio André (Coord) Crimes contra a Ordem Econômica. Temas Atuais de Processo e Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. **A origem do direito penal econômico: razões históricas**. In: CAMARA, Luiz Antonio (Coord) Crimes contra a Ordem Econômica e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.
- CURY, Enrique. **La Ley Penal en Blanco**. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. **Proteção jurídico-penal da biossegurança: algumas reflexões**. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1.981.
- MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. **Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano**. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.
- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARTINOTTO, Fernanda. **O STF e a constitucionalidade do artigo 5o da lei de Biossegurança**. Disponível em <www.egov.ufsc.br/portal/print/conteudo/o-stf-e-constitucionalidade-do-artigo-5o-da-lei-de-biosseguranca>. Acesso em 05/02/2014.
- MILARÉ, E. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.
- MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1.988.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.
- _____. **Direito penal do ambiente**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte general .Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 1997.
- RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos de personalidade**. São Paulo: Themis, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **A intervenção do direito penal na biossegurança: uma ilusão futurista**. Disponível em: <infodireito.blogspot.com.br/2010/02/artigo-intervencao-do-direito-penal-na.html>. Acesso em 27/01/2014.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 02/02/2014.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. (Trad. José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004.