

**DO GENE
AO
DIREITO**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Casabona, Carlos María Romeo

Do gene ao direito : sobre as implicações jurídicas do conhecimento
e intervenção no genoma humano / Carlos María Romeo Casabona.
— São Paulo : IBCCrim, 1999.

Bibliografia.

1. Genética forense 2. Genética forense – Leis e legislação 3.
Genoma humano I. Título.

99-3967

CDU-34:575.113

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e genoma humano 34:575.113
2. Genoma humano e direito 34:575.113

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático de Direito Penal
Universidade do País Basco, San Sebastián
Diretor da Cátedra de Direito e Genoma Humano
Universidade de Deusto, Bilbao

DO GENE AO DIREITO

**Sobre as implicações jurídicas do conhecimento e
intervenção no genoma humano**



IBCCrim

1999

DO GENE AO DIREITO

© CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Trad.: Fabrício Pinto Santos

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (0_ _11) 221-8004

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim)

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: CARLOS VICO MAÑAS

Vice-presidente: TATIANA VIGGIANI BICUDO

2.º Vice-presidente: MARCIO ORLANDO BARTOLI

1.º Secretário: GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

2.º Secretário: CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

3.º Secretário: SILVIA HELENA FURTADO MARTINS

Tesoureiro: ADRIANO SALLES VANNI

Tesoureiro-adjunto: MÁRCIA MARIA SILVA GOMES

Diretor da Biblioteca: ALBERTO SILVA FRANCO

Diretor de Cursos: MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Diretora da Revista - RBCCrim: ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Diretora do Boletim: BERENICE MARIA GIANNELLA

Diretor de Relações Internacionais: FAUZI HASSAN CHOUKR

Diretora do Núcleo de Pesquisas: LUCI GATI PIETROCOLLA

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar,
CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (0_ _11) 3105-4607 (tronco-chave)

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

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

1999

A meus amigos da Universidade de La Laguna,
em especial a meus companheiros e discípulos da
Área de Direito Penal: Federico González-Aledo,
Angel Isidro Guimerá, Esteban Sola, José Ulises
Hernández Plasencia, Fátima Flores, Judit García
Sanz e Fernando Sánchez Lázaro.

Ama e aceita a arte aprendida.
Passa tua vida como quem em tudo confiou nos deuses,
sem ser tirano ou escravo de ninguém.

Marco Aurélio, Meditações, Livro IV, 31.

SUMÁRIO

PRÓLOGO	15
APRESENTAÇÃO	17
1. INTRODUÇÃO: AS INVESTIGAÇÕES SOBRE O GENOMA HUMANO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO	
1. Justificação e propósitos da obra	19
2. Os projetos de investigação sobre o genoma humano: organização e objetivos	21
2.1. As bases científicas do Projeto	21
2.2. O Projeto Genoma Humano: panorama	23
3. O método de aproximação em relação às questões jurídicas suscitadas pela genética humana	26
4. Perfil dos principais aspectos jurídicos envolvidos	29
5. Breve panorama sobre o instrumental normativo existente nos direitos internacional, comparativo e espanhol	38
5.1. As perspectivas no âmbito internacional	38
5.2. Referências de direito comparado	45
5.3. O direito espanhol	47
Bibliografia	53
2. A INFORMAÇÃO GENÉTICA: OBTENÇÃO, ACESSO E UTILIZAÇÃO	
1. A informação genética: novo e peculiar objeto material de tutela jurídica	55
2. Proteção da intimidade e dos dados genéticos	58
2.1. A proteção das manifestações da intimidade	60
2.2. Projeção do modelo normativo geral sobre a proteção da intimidade e dos dados pessoais à proteção específica da intimidade e dos dados genéticos	65

2.3. Alguns critérios reguladores	71
3. A utilização de análises genéticas em relações trabalhistas	72
3.1. Objetivos das provas e sua validade	73
3.2. Os interesses em jogo	78
3.3. Insuficiências das legislações tradicionais para proteger o trabalhador ou o candidato ao emprego. Necessidade de regulamentação específica e coordenada	79
3.4. Princípios reguladores	80
3.5. Prevenções no Direito espanhol	86
4. Análises genéticas e contrato de seguros	90
5. Identificações genéticas e administração de justiça	92
5.1. Confiabilidade das análises e sua valoração processual ...	94
5.2. Direitos fundamentais implicados	99
5.3. Arquivos de análises genéticas e de amostras biológicas	105
6. Comportamento criminal e herança genética	108
6.1. A eterna discussão sobre as bases da imputabilidade sub- jetiva no Direito Penal	108
6.2. Investigações genéticas: retorno às teorias biológicas sobre a criminalidade?	110
6.3. A culpabilidade como questão empírica e normativa	114
6.4. Análises genéticas e valoração da capacidade jurídico-penal de culpabilidade	117
6.5. Suscetibilidade genética e juízos de predição	118
Bibliografia	123

3. APLICAÇÕES GENÉTICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE

1. O aconselhamento genético	128
1.1. Conceito e aspectos relevantes	128
1.2. O assessoramento a respeito da submissão a determinadas provas diagnósticas	130
1.3. A transmissão da informação e sua avaliação	132
1.3.1. Transmissão da informação e sua avaliação	132
1.3.2. Confidencialidade na utilização da informação obti- da	135
1.4. Decisões dos consultantes como consequência do asses- soramento genético	135
2. As provas e os diagnósticos genéticos	137
2.1. O diagnóstico pré-conceptivo	138
2.2. O diagnóstico pré-implantatório	139

2.3. O diagnóstico pré-natal	141
2.4. O diagnóstico pós-natal	147
3. A terapia gênica	148
3.1. O estado da questão	148
3.2. Valoração jurídica da terapia gênica	151
3.2.1. A terapia gênica em linha somática	151
3.2.2. A terapia gênica em linha germinal	153
3.3. A seleção do sexo para a prevenção de enfermidades	155
4. A terapia pré-natal	156
4.1. Marco jurídico da terapia pré-natal	156
4.2. Conflitos jurídicos na prática da terapia pré-natal	161
Bibliografia	167

4. PRÁTICAS DE EUGENIA

1. As correntes eugênicas e sua influência no Direito. A neo-eugenia	169
1.1 A eugenia, uma constante história da humanidade. Seus efeitos para o Direito	169
1.2. As formulações eugênicas na atualidade: a neo-eugenia ...	174
2. A nova eugenia e suas interferências na reprodução humana ..	178
2.1. Eugenia e responsabilidade reprodutiva	178
2.2. Eugenia e limitações reprodutivas	184
3. Autonomia reprodutiva e práticas de eugenia negativa	190
3.1. Procedimentos de prevenção reprodutiva. Os procedimentos anticoncepcionais	191
3.2. Procedimentos de prevenção reprodutiva: a esterilização eugênica	193
3.2.1. O pressuposto: a licitude da esterilização consentida	193
3.2.2. Requisitos específicos da esterilização eugênica	195
3.2.3. A eugenia e a esterilização de deficientes mentais ..	197
3.3. O aborto eugênico	209
3.3.1. Fundamento da indicação	209
3.3.2. Regime legal da indicação eugênica	212
4. Técnicas de reprodução assistida e práticas eugênicas: eugenia positiva	220
5. As intervenções genéticas como instrumento eugênico	224
Bibliografia	231

5. A INVESTIGAÇÃO E A EXPERIMENTAÇÃO EM GENÉTICA

1. A investigação sobre o genoma humano	233
1.1. A liberdade de investigação, limites da investigação	233
1.2. A proteção jurídica às investigações sobre o genoma humano	235
2. A investigação genética clínica	237
2.1. Participação voluntária ou compulsória em investigações genéticas	239
2.2. Limites da investigação genética sobre recém-nascidos e adultos	244
2.3. Direitos humanos, deveres humanos	246
3. A experimentação genética com embriões e fetos humanos e a necessidade, a respeito, de um estatuto jurídico	247
3.1. Evolução das necessidades de proteção jurídica do conceito como consequência das inovações e descobertas científicas	248
3.1.1. Os instrumentos tradicionais	248
3.1.2. A insuficiência sobrevida dos instrumentos jurídicos tradicionais	249
3.2. Necessidade de um estatuto jurídico do embrião e do feto: fundamento	251
3.2.1. Um novo enfoque necessário: a proteção integral do "nasciturus"	251
3.2.2. Fundamentos do esboço de um estatuto jurídico do "nasciturus"	252
a) O "nasciturus", titular de direitos subjetivos	252
b) A determinação do começo da vida: momento decisivo e irrenunciável para o início da proteção	254
c) A identificação da existência de um bem jurídico	255
3.2.3. Critérios de valoração das diferentes situações biológicas	256
3.3. Consequências da valoração: os critérios de proteção do embrião e do feto	257
3.3.1. A proteção do embrião "in vitro" ou "in utero" antes da anidação	258
3.3.2. A proteção do embrião pós-implantatário e do feto "in utero" ou "ex utero"	264
Bibliografia	269

6. BIOTECNOLOGIA GENÉTICA: LIMITES E PROTEÇÃO JURÍDICA

1. Segurança e eficácia: a utilização de microorganismos modificados geneticamente	272
2. A questão da proteção jurídica das descobertas genéticas	275
Bibliografia	288

7. MECANISMOS DE CONTROLE E DE PROTEÇÃO: RESPONSABILIDADE JURÍDICA

1. Princípios básicos do controle jurídico das práticas genéticas e Biotecnologia	291
1.1. O autocontrole ético ou deontológico: sua exclusiva função de complementaridade	292
1.2. O controle da administração sanitária como procedimento preventivo	294
1.3. A responsabilidade por ações danosas ou de risco	297
2. Responsabilidade civil. Erros nos diagnósticos genéticos antenatais	298
3. Infrações e sanções administrativas	304
4. Responsabilidade penal: necessidades de política criminal	309
4.1. Critérios político-criminais gerais	309
4.1.1. A necessidade da vinculação aos princípios de intervenção do Direito Penal contemporâneo	309
4.1.2. Os bens jurídicos implicados: recapitulação	312
4.2. Condutas de intervenção no genoma humano com perigo ou lesão para os bens jurídicos	314
4.2.1. Alguns problemas específicos em relação ao embrião e ao feto humanos	314
a) O embrião pré-implantatário: proteção do futuro ser e da espécie humana	315
b) Intervenções fetais e causação da morte do feto	316
c) Lesões fetais e morte pós-natal	319
4.2.2. Intervenções genéticas	328
a) As técnicas jurídico-penais de intervenção a partir do ponto de vista político-criminal	328
b) Intervenções genéticas objeto de cominação penal	331
4.3. Os modelos legislativos existentes	333

4.3.1. Os modelos no direito comparado	334
4.3.2. O modelo espanhol? O Código Penal de 1995	338
a) Manipulações genéticas	342
b) Clonagem e procedimentos para a seleção da raça	348
c) Fecundação de óvulos humanos sem fins de procriação	351
d) Utilização da engenharia genética para a produ- ção de armas biológicas	353
e) Reprodução assistida não consentida	354
Bibliografia	358

ANEXO

REFERÊNCIAS SOBRE LEIS, INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E DECLARAÇÕES SOBRE GENÉTICA	361
---	-----

PRÓLOGO

Os avanços da ciência e da tecnologia nos conferem um domínio cada vez maior do meio ambiente e das condições de vida no planeta. No que diz respeito à biologia e à genética, os progressos são ainda mais vertiginosos, pois, pela primeira vez, temos o poder de transformar os seres vivos de acordo com métodos confiáveis para alcançar os objetivos que procuramos. Os procedimentos de biotecnologia moderna vão substituindo paulatinamente os métodos dos primeiros tempos da civilização – mesmo no tocante à seleção e cruzamento de espécies vegetais e animais ou da fermentação de alimentos –, por novas técnicas evolutivas. Se estes avanços suscitam vivas polêmicas, sobretudo no âmbito da biologia e da genética, é porque suas intervenções afetam ao ser humano: agora o homem pode transformar também sua própria espécie.

Por esta razão a UNESCO demonstra um interesse cada vez maior pelos problemas éticos que resultam do progresso das ciências biológicas. Permanece assim fiel a sua vocação interdisciplinar, já que estas questões estão situadas na confluência da biologia, das ciências sociais e da ética. Em um mundo que avança sob o duplo impulso da ciência e da democracia, o destino do cidadão está cada vez mais unido ao da coletividade e é importante favorecer a responsabilidade e solidariedade que vinculam cada pessoa e cada comunidade com as demais. A UNESCO, em virtude de seu mandato constitucional, se esforça, por um lado, em impulsionar o diálogo entre órgãos de decisão e os responsáveis científicos e, por outro lado, em propiciar a reflexão ética que deve acompanhar o progresso, com o objetivo de que se respeitem os direitos fundamentais dos indivíduos e das culturas.

Com este objetivo foi criado em 1993 o Comitê Internacional de Bioética da UNESCO que, como foro privilegiado para o intercâmbio de idéias e experiências, leva a cabo um reflexo transdisciplinar e multicultural sobre as repercussões das descobertas e as inovações tecnológicas no âmbito da genética e da biologia, em particular com vistas a elaborar um instrumento jurídico internacional sobre o genoma

humano. Assim, em 1997, a UNESCO submeterá à Conferência Geral uma Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem. Uma vez aprovado, este instrumento internacional contribuirá para celebrar o cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que será comemorado um ano depois.*

Garantir que os novos poderes gerados pelas descobertas científicas não se voltem contra a humanidade, velar para que o progresso da ciência e da tecnologia – fonte de bem estar para os indivíduos e os povos – não seja utilizado como arma de autodestruição e contribuir para a transparência do debate sobre a necessária dimensão humana deste progresso, são, no meu juízo, as tarefas que formam a incumbência da bioética.

Na atualidade já existe um “corpus” considerável de estudos que respondem às interrogações lançadas pelos novos conhecimentos científicos e suas aplicações, e que fomentam a reflexão sobre os graves perigos – como a eugenesia – que ameaçam os direitos e a liberdade do indivíduo. Por sua riqueza documental e a pertinência de suas observações, a obra do Professor Carlos Maria Romeo Casabona passará, sem dúvida alguma, a formar parte deste acervo teórico que se desenvolve atualmente na encruzilhada do direito e da genética.

PROFESSOR FEDERICO MAYOR

Diretor Geral da Organização das Nações Unidas
para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

* Cuida-se de Declaração já aprovada pela UNESCO em 11 de novembro de 1997 e publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 25, p. 347.

APRESENTAÇÃO

Neste magnífico livro, que estou tendo a elevada honra e a grata oportunidade de apresentar aos leitores brasileiros, o eminente e brilhante Professor Carlos María Romeo Casabona, que é Catedrático de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade do País Basco (em San Sebastián-Espanha) e Diretor da Cátedra de Direito e Genoma Humano (Fundação BBV) da Universidade de Deusto (Bilbao-Espanha), estuda, com profundidade e clareza ímpares, as implicações jurídicas decorrentes do conhecimento e da intervenção no genoma humano. Desde que, em meados dos anos oitenta, emergiram os primeiros sinais do mundialmente conhecido “Projeto Genoma Humano”, vem a Comunidade Científica Internacional, multidisciplinarmente, manifestando constantes preocupações com essa realidade social absolutamente nova e causadora de incessantes debates e inquietações, particularmente éticas. Até que ponto podemos estar de acordo com a manipulação genética, que pode chegar a “fabricar” seres humanos?

O vínculo entre a genética e o Direito vem estimulando particularmente a classe jurídica a se defrontar com temas antes nunca imaginados. Reprodução assistida, fecundação “in vitro”, experimentação e manipulação genética, a clonagem de animais e até mesmo de seres humanos, a problemática da filiação, o direito do filho de conhecer sua origem genética etc. são matérias sobre as quais o jurista moderno tem necessidade de tomar conhecimento e, na medida do possível, participar da construção de um ordenamento jurídico que permita uma convivência social em paz, sem traumas nem sobressaltos, buscando compatibilizar todos os direitos e os valores individuais e coletivos implicados.

Sendo o Professor Carlos María Romeo Casabona uma das maiores autoridades do mundo em Genoma Humano e suas implicações

jurídicas, não há a menor dúvida de que toda essa nova problemática, neste livro, foi abordada com singular profundidade. Trata-se de estudo meticoloso e abrangente, que só poderia ser elaborado por especialistas do seu quilate, cuja formação científica envolve tanto a Medicina como o Direito. Desde sua tese de doutoramento ("O médico e o Direito Penal"), conquistada com invulgar denodo, já se nota seu sólido conhecimento nessas duas áreas do saber humano.

A transcendência deste livro, em conseqüência, não precisaria de modo algum ser enfatizada. Seu título, por si só, já se encarrega de revelar sua imprescindibilidade para todos que se dedicam às ciências jurídicas, médicas, biológicas, genéticas etc. De qualquer modo, sublinhe-se que o conjunto de informações aqui reunido, cuja atualidade e utilidade para desvendar os novos problemas que a Humanidade experimenta no campo da "genética" e suas relações com o Direito afiguram-se indiscutíveis, merece a devida atenção, que naturalmente ser-lhe-á dedicada tanto pelo estudante como pelo profissional das múltiplas ciências implicadas e até mesmo pelo legislador, que pode, com certeza, encontrar nas páginas que seguem um riquíssimo material de orientação em suas futuras decisões legais, que terão que decifrar a exata dimensão da tutela devida ao "genoma humano".

A feliz união, nesta obra científica de valor inestimável, de um trabalho extremamente valioso pela sua profundidade e seriedade com a histórica biografia do autor, que é um jurista e penalista de fina sabedoria, intelectual de sobejo reconhecimento, além de invejado humanista, nos autoriza prognosticar sua extensa difusão que, para além de merecida, irá nos permitir a todos no nosso país sedimentar convicções sobre um tema tão atual quanto espinhoso, em razão das suas múltiplas implicações (éticas, biológicas, jurídicas etc.). Registro finalmente que este livro com certeza não viria a público sem que contasse com o denodado empenho do IBCCrim e de Alberto Silva Franco, que dele fez uma primeira e meticolosa leitura, ajustando-o para a publicação.

LUIZ FLÁVIO GOMES

INTRODUÇÃO: AS INVESTIGAÇÕES SOBRE O GENOMA HUMANO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO

1. Justificação e propósitos da obra

O jurista encontra-se com freqüência cada vez maior diante de sérios obstáculos a serem enfrentados inevitavelmente se tem o propósito de analisar uma realidade social nova, sobretudo quando o surgimento desta estiver condicionado, de modo decisivo, aos avanços científicos ou tecnológicos. A dificuldade firma-se numa evidência muito simples: para realizar com êxito a análise jurídica da realidade social, proposta como objeto de estudo, o jurista tem de possuir o mais correto e fiel conhecimento possível dessa realidade ou, dito de outra forma, da matéria objeto da valoração jurídica. Esta tarefa exploratória prévia não costuma acarretar especiais ou, pelo menos, insuperáveis complicações quando se trata de estudo de relações humanas não mediatizadas ou mediatizadas pelas estruturas sociais, institucionais ou políticas, e assim tem conseguido atuar, durante séculos, em nossa cultura, sem estas dificuldades extrínsecas. Mas, como assinalava, quando os avanços tecnológicos ou as descobertas científicas se apresentam como núcleo ou pano de fundo determinante daquelas relações, o jurista corre o risco de fracassar em propósito analítico se não realizou o esforço adicional prévio de captar ao menos os aspectos mais relevantes dessas inovações ou descobertas, assim como sua verdadeira incidência nas relações humanas: sua metodologia analítica, embora correta em si mesma, pode levá-lo a exaltar determinados aspectos pouco significativos ou completamente irrelevantes ou, ao contrário, a passar superficialmente por questões verdadeiramente problemáticas. Assim, seu esforço terá sido em vão. É certo que se trata de um traço comum a outros expertos de disciplinas diversas como a Filosofia, a Ética, a Sociologia, a Economia,

etc. Não menos certo é que, a partir do ângulo oposto, os investigadores das ciências empíricas e os técnicos se encontram com semelhantes problemas quando, conscientes da extrema importância dos potenciais efeitos sociais de suas investigações, de suas descobertas e de suas inovações tecnológicas, pretendem refletir sobre elas.

Um bom exemplo dessas observações é dado na atualidade pela genética humana e seu paradigma, o Projeto Genoma Humano. Duas razões principais sustentam este raciocínio. Em primeiro lugar, embora tenha ainda muito caminho a percorrer (apesar do notável avanço já efetuado), as aplicações decorrentes dos conhecimentos sobre o genoma humano se introduzem sem cessar na vida pessoal e nas relações dos seres humanos, valendo, como exemplos mais evidentes, a saúde, a medicina legal e a administração da justiça, as indústrias farmacêuticas e o estudo das populações em geral e da evolução biológica do ser humano (o ADN seria o “registro” de grande parte do processo dessa evolução), além da biotecnologia aplicada às indústrias bioquímicas, à agricultura e à criação de gado. Em segundo lugar, conhecer os fundamentos da Biologia Molecular, os mecanismos básicos da herança biológica, os procedimentos de expressão monogenéticos e poligenéticos (particularmente complexos estes últimos, e ainda quase desconhecidos para os próprios investigadores), o quando, o como e o porquê “se expressam” os genes, que são os marcadores do ADN e para que servem, em que consiste a reação em cadeia da polimeria e o seu significado para a investigação, a potencialidade das análises e das intervenções genéticas em conexão com as técnicas de reprodução assistida, as possibilidades reais e futuras dos diversos diagnósticos genéticos e da terapia gênica, são meros exemplos de uma complexidade cognoscitiva da qual, apesar dos pesares, não se pode prescindir.¹ Além disso, este compromisso de (in)formação atinge também a outros profissionais, se bem que, com diverso grau de compreensão, responsáveis que são pela transmissão do conhecimento e da informação gerada pelo Projeto Genoma Humano: os educadores e os profissionais dos meios de comunicação. A estes últimos, em particular, é necessária uma formação suficiente que lhes permita distinguir corretamente a magnitude, a relatividade ou a falácia de um pretendo descobrimento científico, principalmente se este não tiver sido submetido ao filtro prévio de aferição da própria comunidade científica, com o fim de que, ao realizar tão imprescindível tarefa informadora, consigam transmitir a matéria com acerto e esclareçam à população suas

1. A este enfoque responde a obra publicada pela Cátedra de Direito e Genoma Humano, Fundação BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto: *Genética Humana, Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano* (Carlos M. Romeo Casabona, ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

possibilidades e limitações reais, evitando falsas ou prematuras expectativas ou suscitando temores infundados.

Tomando estas premissas como ponto de partida, pretende-se com o presente trabalho oferecer um panorama sobre os aspectos jurídicos mais significativos apresentados, na atualidade, pelo genoma humano, a parte da investigação, e de suas diversas aplicações.

2. Os projetos de investigação sobre o genoma humano: organização e objetivos

O século vinte está marcado por importantíssimos descobrimentos científicos e inovações tecnológicas, que afetaram de forma considerável as relações interpessoais, as estruturas sociais e o desenvolvimento econômico, em geral, com efeitos benéficos. No umbral do novo século destacam-se as contribuições da Biologia e da Medicina e das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação.² Sua influência na coletividade humana será ainda mais profunda do que a que ocorreu até a atualidade.

Com efeito, o desenvolvimento da Biologia Molecular nas últimas décadas foi enorme e promissor. Tudo isso está sendo possível graças a várias ações de investigação sobre o genoma humano, coordenadas internacionalmente, e conhecidas como o "Projeto (ou Projetos) Genoma Humano". Mas antes de mencionar brevemente os objetivos deste ambicioso Projeto, e para poder conhecer melhor seu alcance e magnitude, faremos uma breve referência às bases científicas em torno das quais ele se desenvolve

2.1. As bases científicas do Projeto

A Biologia Molecular³ ocupa-se do estudo da forma, composição, função das biomoléculas e da origem evolutiva dos seres vivos. O ácido desoxirribonucléico (ADN) é uma molécula (ou conjunto de moléculas) que contém toda a informação genética do ser vivo, e se encontra distribuído em diversos fragmentos ou cromossomos (vinte e três pares no ser humano) no núcleo de cada célula (com exceção, nas hemácias,

2. V. sobre os aspectos jurídicos de algumas delas minhas obras, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pássim, e *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, Pássim, respectivamente.

3. Para o que segue apoio-me fundamentalmente na obra coletiva *Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano*, cit., em particular no capítulo de Félix GOÑI e José María MACARULLA, *Introducción a la Biología Molecular*, pp. 1 e ss.

que não têm núcleo, e no ADN mitocondrial, que não se encontra naquele). O genoma é o conjunto de ADN de uma célula ou de um organismo vivo, e é idêntico em todas as células de um mesmo organismo.

O ADN possui uma estrutura peculiar. É um filamento alongado (ainda que na célula se apresente, logicamente, como um novelo) de certo comprimento (se fossem esticados, de forma sequencial, todos os cromossomos do ADN do ser humano teriam cerca de dois metros), formados por dois filamentos paralelos (na realidade, antiparalelos), enrolados sobre um eixo imaginário em forma helicoidal na forma de uma escada (dupla hélice). Cada filamento é composto por uma cadeia ou sucessão de moléculas ou bases nitrogenadas, que formam seqüências: A, T, C e G (adenina, timina, citosina e guanina). Cada base de um filamento ou cadeia corresponde ou se emparelha de forma precisa e determinada com a base de frente do outro filamento ou cadeia: A-T, T-A, C-G ou G-C (portanto, não é possível, por exemplo, a correspondência de um par de bases A-G; no caso de produzir-se essa combinação, estaríamos diante de um erro ou mutação), de modo que, se conhecemos a base de um lado podemos deduzir a base da outra cadeia; por isso se diz que estas cadeias são complementares (no ADN humano há aproximadamente uns três milhões de pares de bases). Além disso, cada cadeia carrega em si toda a informação do ADN.

As bases agrupam-se de três em três (tripletos ou codones), dando lugar a sessenta e quatro combinações diferentes, que configuram, graças ao código genético, os aminoácidos, vinte ao todo, o que significa que tripletos diferentes podem originar um mesmo aminoácido. Por sua vez, os aminoácidos combinados em número variável dão lugar às proteínas.

A sucessão de um número variável de bases configura os genes que, como sabemos, são fragmentos de ADN distribuídos nos cromossomos. Os genes constituem a unidade física e funcional da herança, portanto, a unidade de informação. Eles carregam esta informação sempre que se expressam ou "se tornam ativos", partindo-se da idéia de que todos os genes não se expressam em todos os momentos da vida e em todo lugar do organismo do ser vivo. Ao expressar-se a informação, que contém os genes, tem lugar a produção ou síntese de proteínas e de outras moléculas (ácido ribonucleico, ARN). Cada gene tem um tamanho diferente (de milhares a milhões de bases) e se calcula que no ADN das células do ser humano há de setenta mil a cem mil genes. No entanto, nem todo o ADN está integrado por genes (aproximadamente 10%). Há seqüências que têm outras funções não vinculadas diretamente à transmissão de características hereditárias ou se desconhece qual possa ser sua função (por tal motivo, convencionou-se chamar a tais seqüências de ADN "lixo", embora já se saiba, hoje, de sua importância e, portanto, da impropriedade dessa denomi-

nação). Em resumo, recorrendo-se a uma representação gráfica e muito do agrado dos biólogos, poderíamos dizer que o código genético seria um dicionário; as bases seriam as letras; os aminoácidos, as palavras e as proteínas as frases. O genoma humano completo daria lugar a uma biblioteca de duzentos volumes de mil páginas cada um; no entanto, num idioma desconhecido, que terá de ser traduzido. O Projeto Genoma Humano pretende escrever e elaborar essa biblioteca e depois traduzi-la quando se conheça o idioma em que está escrito.

O ADN cumpre várias *funções* importantes nos seres vivos. As mais relevantes, conhecidas na atualidade, são as seguintes: a) é a base da herança: significa que os genes contêm a informação sobre todos os caracteres físicos dos seres vivos, que são transmitidos de pais a filhos por meio das células sexuais (metade do pai e a outra metade da mãe), de forma que são passados à descendência exclusivamente os traços próprios de cada espécie (da maçã, do cão, do ser humano); b) Individação dos animais superiores: dentro de cada espécie os indivíduos são geneticamente diferentes uns dos outros, posto que o ADN não é completamente idêntico, havendo pequenas diferenças genéticas que permitem a individuação (traços anatômicos: textura e cor do cabelo, cor dos olhos, estatura); c) é a base molecular para a evolução: a transmissão dos caracteres genéticos à descendência não é sempre totalmente idêntica ou exata em relação aos ascendentes podendo haver, apesar de infrequentes, erros de transmissão genética, chamados mutações. No entanto, muitas mutações são incompatíveis com a vida e por isso não perduram; ao contrário, são possíveis quando apresentam alguma vantagem adaptativa ao meio ambiente desse ser vivo, o que significa então que a mutação se conserva em seu próprio genoma e está, por sua vez, em condições de transmiti-la a sua própria descendência. Assim se manifesta, em resumo, a evolução dos seres vivos, pois, se não tivessem sido transmitidas algumas mutações, não teria ocorrido nenhuma evolução.

O genoma é, portanto, informação: sobre cada indivíduo, sobre sua família biológica e sobre a espécie a que pertence. Essa informação genética está contida no ADN, que se copia a si próprio para poder conservar-se (replicação); essa informação se transmite ao ARN mensageiro (transcrição) e, em seguida, da lugar à síntese de proteínas (tradução).

2.2. O Projeto Genoma Humano: panorama

Em meados dos anos oitenta começam a ser dados nos Estados Unidos⁴ os primeiros passos que dariam origem ao Projeto Genoma

4. No que segue adoto como referência a Robert M. COOK-DEGAN, *las raíces de la polémica: los orígenes del Proyecto Genoma Humano*, in Fundación

Humano. A iniciativa institucional foi tomada pelo Departamento de Energia (*Department of Energy*: DOE), com um objetivo, originariamente instrumental, de conhecimento do genoma humano: o estudo do efeito das radiações com exposição de baixa intensidade sobre os genes humanos. Mas, a esta idéia, somaram-se outras propostas de cientistas e de centros de investigação, que contribuíram para dar o impulso definitivo ao Projeto por suas comprovadas vantagens no âmbito da Medicina (p. ex., para as investigações sobre o câncer), e logo se incorporaram a estes trabalhos os Institutos Nacionais de Saúde (*National Institutes of Health*: NIH). O primeiro diretor do Projeto foi James Watson, que tinha recebido o prêmio Nobel de Medicina, junto com Francis H. C. Crick, pela descoberta, no ano de 1953, da estrutura do ADN.

Outros países desenvolvidos incorporaram-se, por sua vez, aos objetivos do Projeto norte-americano: Canadá, Japão, assim como vários da União Européia, dentre os quais se destaca a França, com seu *Centre d'Étude du Polymorphisme Humain* (fundado e presidido pelo Prêmio Nobel, Jean Dausset, em colaboração com Daniel Cohen), a partir do qual se criou o centro tecnológico *Généthon*. A União Européia lançou, por sua vez, os Projetos *Biomed* e *Biomed 2*, nos quais uma parte dos recursos está destinada de forma específica às investigações sobre o genoma humano. A Organização do Genoma Humano (HUGO) da UNESCO, assumiu a coordenação dos diversos projetos de investigação existentes no mundo que dissessem respeito ao tema (presidida inicialmente por Victor A. McKusick e, depois, por Walter Bobmer; Santiago Grisolí é o Presidente do Comitê Científico para o Projeto Genoma Humano desta última instituição).

Os objetivos que inicialmente perseguem os diversos projetos de investigação centram-se, em síntese, na cartografia dos genes: localização, posição e distância entre genes nos cromossomos humanos, através da sequenciação das bases. São vários os “mapas” que estão sendo elaborados com diferente qualidade de resolução: genéticos e físicos, localização de genes responsáveis por enfermidades e sequenciação de fragmentos de ADN de relevância médica. Além disso, grandes esforços estão sendo dedicados – também como parte substancial do Projeto – à aquisição de técnicas e instrumentos para a

BBV (ed.), “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. I, Bilbao, 1994, pp. 67 e ss. Santiago GRISOLÍA e RUBÉN F. MORENO PALANQUES, *El Proyecto Genoma Humano*, in “Genética Humana. Fundamento para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano”, cit., pp. 21 e ss.; Juan Ramón LACADENA, *El Proyecto Genoma Humano y sus derivaciones*, in “Ética y Biotecnología” (Javier GAFO, ED.), Fundación Humanismo y Democracia – Fundación Konrad Adenauer, Universidad de Comillas, Madrid, 1993, pp. 95 e ss.

realização do traçado de mapas e seqüenciação, a fim de reduzir o custo e aumentar a eficácia da investigação. Para este objetivo, foi decisivo o enorme desenvolvimento provocado pela informática e a utilização, no projeto, de sistemas informáticos de grande potência. Em sentido mais amplo se também inclui a elaboração de bibliotecas de genes (clones), determinação da seqüência completa das bases, busca de todos os genes e determinação de suas funções, elaboração de mapas comparados de outros seres vivos mais elementares.⁵

É significativo destacar um novo fenômeno que se produziu em relação às investigações e intervenções sobre o genoma humano, diferentemente do que ocorreu com outras descobertas e avanços tecnológicos e científicos de grande relevância para a humanidade, e que consiste no fato de a reflexão e o debate sobre suas repercussões sociais (inclusive as éticas e as jurídicas) estarem sendo realizados de forma paralela e aberta, com o objetivo de obter a esse respeito um consenso nacional e internacional. Nos Estados Unidos os Institutos Nacionais de Saúde e o Departamento de Energia, por exemplo, reservaram cada um, de três e cinco por cento de seu orçamento anual destinado ao Projeto, para a promoção de um programa de estudos sobre seus aspectos éticos, legais e sociais. (ELSI: Ethical, Legal, and Social Issues Programm). Como consequência dessa ação, somente durante o ano de 1991, cada qual destes organismos contribuiu com mais de quatro milhões e com cerca de um milhão e meio de dólares, respectivamente, e, nos dois anos seguintes, esta dotação teve um aumento.⁶ A União Européia, por sua vez, criou também um subprograma do Programa Biomed dedicado a estes mesmos fins (ESLA: *Ethical, Social, and Legal Aspects*).

Deve-se mencionar ainda o "Projeto de Diversidade do Genoma Humano". Trata-se de um projeto internacional de Antropologia estimulado e dirigido por Luca Cavalli-Sforza que tem como objeto o estudo da variedade e riqueza genética da totalidade da espécie humana, demonstrando assim não apenas a diversidade da humanidade, mas também, ao mesmo tempo, a sua profunda unidade. Apresenta, conseqüentemente, um importante pano de fundo cultural, de grande interesse para a Genética das Populações, mas também para a Antropologia, para a Arqueologia, para a História e para a Linguística.⁷ Sua transcendência

5. P. ex., em 1995 foi completado pela primeira vez o genoma dos seres vivos: as bactérias *haemophilus influenzae* e *mycoplasma genitalium*.

6. Segundo U.S. Congress, Office of Technology Assessment (OTA), *Bio-medical Ethics in U.S. Public Policy* Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1993, p. 8.

7. V. mais extensamente sobre este projeto, Luca CAVALLI-SFORZA, *The human genome diversity project*, in "Proceedings 1995", International Bioethics

ética e jurídica é menor, mas não inexistente,⁸ como evidenciam alguns casos denunciados a respeito da obtenção de amostras em algumas populações indígenas da América do Sul,⁹ que deve estar embasada em todo caso no consentimento informado dos indivíduos e grupos de população afetados, na confidencialidade da informação obtida e na conquista, por parte da população estudada, dos benefícios que possam ser alcançados com a investigação – e que pretende eliminar – confiamos que seja com êxito – todo suporte biológico aos movimentos racistas.

3. O método de aproximação em relação às questões jurídicas suscitadas pela genética humana

As descobertas sobre o genoma humano acentuaram uma forte tendência que é observada há anos em relação às Ciências biomédicas em geral: a multidisciplinariedade. Sua necessidade metodológica é imposta de forma natural como consequência da enorme complexidade que comporta a análise profunda das importantes e variadas implicações que Ciências biomédicas já há algumas décadas representam para o ser humano.

O resultado deste procedimento metodológico que se traduz na multidisciplinariedade é a Bioética, pois não se deve esquecer que a Bio-Ética, em sentido estrito, ou seja, a Ética aplicada às Ciências da vida, continua sendo tarefa fundamental dos especialistas dessa disciplina. Enquanto o Direito tem seus próprios deveres e métodos, é certo que as grandes questões que delinham as Ciências Biomédicas exigem uma maior relação entre Ética e Direito, que encontrariam seu ponto de confluência na Bioética, entendida nesse primeiro, amplo e multidisciplinar sentido.¹⁰

Committee of UNESCO, vol. II, 1995, pp. 71 e ss.; Rosario CALDERON, *El Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad: aspectos éticos*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 4, 1996, pp. 121 e ss.; Laila EL-HAMAMSY, *Issues Relevant to Genetics of Population: Demographic Impacts*, in mesmo lugar, pp. 81 e ss.; John L. FLEMING, *La ética y el proyecto genoma humano sobre diversidad*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 4, 1996, pp. 159 e ss.; Genoveva KEYEUX, *la génétique des populations et l'étude du polymorphisme humain*, no mesmo lugar, pp. 55 e ss.

8. V. CALDERON, *El proyecto Genoma Humano sobre Diversidad: aspectos éticos*, cit.; a mesma, *El debate ético y jurídico en torno al Proyecto Genoma Humano sobre diversidad, son conciliables todas las perspectivas ?* (Editorial), in "Revista de Derecho y Genoma Humano". N. 4, 1996, pp. 13 e ss.; FLEMING, *La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad*, cit.; Eduardo PORTELLA, *L'Éthique danla génétique des populations*, in "Proceedings 1995", cit., pp. 89 e ss.

9. V. uma posição crítica sobre o Projeto em *Declaration of Indigenous Peoples of the Western Hemisphere Regarding the Human Genome Diversity Project*, Phoenix, Arizona, 19 de fevereiro de 1995.

10. Sobre as relações entre Bioética e Direito (Biodireito), v. Diego GRACIA GUILLEN, *Fundamentos de bioética*, Eudema, Madrid, 1989, pp. 528 e ss..

Não são somente estes os traços mais característicos do debate social gerado em torno da genética humana. Em primeiro lugar, não é ele patrimônio exclusivo nem dos investigadores e operadores¹¹ da Ciências empíricas,¹² nem dos expertos das Ciências humanas e sociais; o debate, a discussão, diz respeito à sociedade inteira, a todos os seus membros. Por outro lado, como já assinalai em outro lugar,¹³ tal debate deverá ser plural, buscando a integração das diferentes perspectivas ideológicas e culturais; na medida do possível, paralelamente às descobertas e de modo anterior às tomadas de decisões sobre suas aplicações; e, por último, deverá ter caráter transnacional e internacional,¹⁴ estimulando o encontro das diversas áreas econômicas, culturais e ideológicas presentes no mundo e harmonizando deste modo as legislações nacionais sobre a matéria.¹⁵

É evidente que se deve evitar a queda na tentação fácil do determinismo e reducionismo científicos,¹⁶ através dos quais se pretenderiam legitimar quaisquer decisões, mesmo discriminatórias. Com efeito, a

ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 8 e ss.

11. Denomino-os impropriamente assim para referir aos profissionais que aplicam os resultados das investigações, p. ex., os médicos, clínicos ou forenses, os geneticistas clínicos, etc.

12. V. Emilssen GONZALÉZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 53, que assinala que os cientistas não podem se conformar com a comparação de suas ações com as convicções de sua própria consciência.

13. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 16 e s.

14. V. GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos della genetica...*, cit., p. 103. Algumas destas iniciativas internacionais – impulsionadas tanto por organizadores governamentais como não governamentais – serão mencionadas ao longo do presente trabalho. Porém, COOK-DEGAN, *Las raíces de la polémica: los orígenes del Proyecto Humano...*, cit., p. 76, mostra-se cético em relação aos avanços que podem ser conquistados através do Direito Internacional.

15. V. neste sentido a Declaração de Bilbao, no “Encuentro Internacional sobre el Derecho ante el proyecto Genoma Humano”, Celabrado entre os dias 23 e 26 de maio de 1993 na Universidade de Deusto, sob os auspícios da Fundación BBV y da Diputación foral de Bizkaia: “É aconselhável a elaboração de acordos internacionais e a harmonização das leis nacionais para regular a aplicação dos conhecimentos genéticos, assim como a instauração de um controle supranacional” (8.ª Conclusão).

16. Aponta, neste sentido, Tom WILKIE, *El conocimiento peligroso. El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, Ed. Debate, Madrid, 1994, pp. 186 e s., que o Projeto Genoma Humano poderia nos levar a adotar uma visão excessivamente atomista “dos seres humanos e da vida em si, e que poderia acelerar três processos: as similitudes entre humanos e animais se tornarão mais visíveis; as diferenças entre alguns indivíduos humanos e outros se acentuarão; pode ser mudado nosso ponto de vista acerca da natureza da vida.

lógica fascinação que os constantes descobrimentos e avanços das chamadas ciências empíricas provocam não nos deve afastar de duas considerações: que a personalidade – a individualidade – não é exclusivamente fruto dos componentes biológicos do ser humano,¹⁷ e que a Filosofia, a Ética e o Direito giram em torno do núcleo essencial do mundo conceitual dos valores, dos ideais humanos e da racionalidade de que os seres humanos necessitam como suporte irrenunciável.¹⁸

Depois do que foi ressaltado, não seria necessário insistir na justificação da intervenção do Direito, se consideramos que a este corresponde, entre suas funções, permitir e garantir a convivência e a paz social, resolver os conflitos onde eles surjam e proteger os valores individuais e coletivos mais importantes para a convivência, já reconhecidos (bens jurídicos) ou novos, necessitados de identificação e merecedores de proteção,¹⁹ se, como é lógico, dela carecem nesse caso. Neste sentido, as investigações a respeito do genoma humano e as aplicações de seus resultados sobre o ser humano abrem uma infinidade de expectativas um pouco exageradas, talvez em função do grau de conhecimento adquirido até o presente, assim como não poucos temores sobre seus perigos, provavelmente também exagerados, se levarmos em conta que não se detectou até o momento abusos ou danos reais consideráveis para os indivíduos ou para a sociedade. No entanto, não é menos certo que as descobertas prosseguem sem cessar e o que

17. V. a respeito, Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II, Bilbao, 1994, com os trabalhos sobre “El legado genético y el principio de culpabilidad”, de: Hans-Georg KOCH (pp. 11 e ss.), Otto TRIFFTERER (pp. 17 e ss.), José María STAMPA BRAUN (pp. 45 e ss.), José Luis de la CUESTA ARZAMENDI (pp. 63 e ss.), Francisco BUENO ARUS (pp. 73 ss.), Ammon CARMI (pp. 83 e ss.), Susana HUERTA TOCILDO (pp. 95 e ss.), Thomas H. MURRAY (pp. 99 e ss.), J. Robert NELSON (pp. 103 e s.), Frosso PARRISSIADOU (pp. 105 e ss.), Dominique SPRUMONT – Oliver GUILLOD (pp. 109 e s.), Alberto TEKE SCHLICHT (pp. 111 e ss.) e Angel TORIO LOPEZ (pp. 119 e ss.). V. também, Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *La culpabilidad y el P. G. H.*, in “Cuadernos de Política Criminal”, n. 42, 1994, pp. 763 e ss.; Carlos Ma ROMEO CASABONA, *Genetic legacy and the principle of culpability*, in “10 World Congress on Medical Law. Proceedings”, volume C, Jerusalem, 1994, pp. 24 e ss. (publicado também em “Federico Mayor Amicorum Liber”, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 1097 e ss.).

18. Manuel ATIENZA, “Diez errores frecuentes sobre la ética”, in Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Bilbao, 1994, p. 229, assinalou que “a investigação sobre o genoma humano não altera os princípios já quase clássicos da bioética (beneficência, autonomia e justiça ou distribuição equitativa de recursos insuficientes), mas sim o que faz – poder-se-ia dizer – é estabelecer novas circunstâncias de aplicação desses princípios”.

19. Recorda acertadamente Stella Maris MARTÍNEZ, *Manipulación genética e Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 61, que o relevante nesta questão é a conduta humana e não as técnicas ou procedimentos em si mesmos.

parecia distante ou impossível já se vislumbra no horizonte, esboçando o perfil de seus contornos cada vez com maior precisão. Consequentemente, não é desimportante ocupar-se, tanto dos benefícios, quanto dos riscos, que podem ter aplicação em nossa estrutura social, sem olvidar-se que a ciência – a investigação científica e, em consequência, suas possíveis derivações e aplicações – não é unidirecional, o que permite a seu respeito com frequência relativizar as valorações.

4. Perfil dos principais aspectos jurídicos envolvidos²⁰

Antes de iniciar uma breve exposição dos pontos que parecem mais conflitantes sob o aspecto jurídico em relação ao genoma humano, isto é, à investigação sobre ele, à informação que as análises genéticas podem gerar e à própria intervenção em genes humanos, deve-se esclarecer a confusão conceitual, até certo ponto difundida entre os estudiosos, que inclui também as técnicas de reprodução assistida, enquanto tais, como objeto de estudo. É certo que esta técnicas propiciam um bom número de condutas que interessam a partir da perspectiva que aqui nos ocupa, e por isso apresentam uma zona de confluência, mas sempre a partir de uma perspectiva ou interesse diverso: práticas eugênicas (através da

20. Sobre eles ocupei-me em diversos trabalhos anteriores, além dos já citados nesta obra, motivo pelo qual me remeto a eles: *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, in "Folia Humanística", n. 276, 1986; *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones juridicopenales*, in S. Mir Puig (ed.), "Avances de la Medicina y Derecho Penal", PPU, Barcelona, 1989 (publicado também em "La Ley", 1987); *La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos*, in "Eguzkilore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 5, 1992; *El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones jurídicas*, in Javier Gafo (ed.), "Ética y Biotecnología", Madrid, 1993; *Some Implications of Human Genome Analysis and Research in Spanish Law*, Commission of the European Community / Centro de Direito Biomédico – Universidade de Coimbra / Institut für Arzt und Arzneimittelrecht – Universität Göttingen (eds.), "Genome Analysis: Legal rules – practical application", Coimbra 1994; *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, in Conseil de l'Europe (ed.), "Ethique et génétique humaine", Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, (editado também em inglês); *Aspectos jurídicos del consejo genético*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994 (editado também em inglês); *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. III, Fundación BBV (ed.), Madrid, 1995 (editado também em inglês); *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, (conferência apresentada ante a Comissão Mista de Investigação Científica e Desenvolvimento Tecnológico, das Cortes Gerais Espanholas, em 3 de abril de 1995), in "Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular", Cortes Generales, Madrid, 1995, pp. 85 e ss.; *Genetics and the Law*, in "Law in Motion. First World Law Conference", International Kluwer Publishers, Deventer (no prelo).

seleção de gametas ou, em outras palavras, de doadores de embriões obtidos "in vitro" mediante o diagnóstico pré-implantatório), experimentação e manipulação de genes (dos gametas obtidos para utilização na reprodução assistida, dos embriões "in vitro", sobranes ou não), principalmente acesso à informação genética (dos doadores, do embrião que será transferido para a reprodução). Há, porém, outras práticas que nada têm a ver com esta matéria, sem prejuízo de que apresentem implicações jurídicas de grande interesse, passíveis, igualmente, de reflexão e estudo (a questão do acesso a estas técnicas, esclarecendo-se se se limita a combater a esterilidade dos pais ou pode ser um procedimento alternativo de reprodução para casais férteis, a inseminação da mulher sozinha, a maternidade sub-rogada, os requisitos que deverão ter as pessoas beneficiárias e os doadores; as possíveis adaptações do direito de filiação, o alcance do anonimato dos doadores e do direito dos filhos de conhecer sua origem genética, o controle dos riscos que as técnicas acarretam para as usuárias e a saúde dos futuros filhos, a geração excessiva de embriões, etc.).²¹

A faceta ambivalente da Ciência manifesta-se de forma quase inseparável, em primeiro lugar, nas *análises genéticas*. Como é sabido, é uma realidade já quase cotidiana da saúde atual (diagnósticos pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais, na modalidade do conselho genético; diagnóstico postnatal), com a valiosa informação que proporcionam e que ampliam sem cessar, graças ao progresso das investigações, seu espectro de informações e ganham, ao mesmo tempo, em exatidão e em capacidade de previsão. Esta informação é de extraordinário interesse não apenas para a pessoa submetida às análises genéticas, mas também para terceiros, como são, em primeiro lugar, seus familiares genéticos, e também para outras pessoas ou entidades, na medida em que se propugna a garantia de um organismo potencialmente sadio como pressuposto para participar de certas atividades, inclusive para o Estado, em sua ação política de prevenir enfermidades e promover uma população mais sadia.

De forma imediata, surge a questão de tornar-se obrigatória a submissão a estas provas, de impor-se inclusive coercivamente ou de condicionar certas relações e serviços à referida submissão voluntária, mas coativa, e pode-se, em termos semelhantes, apresentar a própria

21. Apontam também sobre a necessidade desta distinção conceitual, Ferrando MANTOVANI, *Manipolazione genetica*, in "Digesto", vol. VII, UTET, Torino, 1993, p. 5; o mesmo, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados y sistemas de control y técnicas de tutela*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994, p. 94; Stella M. MARTÍNEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal* cit., pp. 31 e s.; Alberto SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, in "Bioética", vol. 4, n. 1, 1996, p. 18.

questão do acesso aos resultados dessas provas, isto é, à informação que proporcionam sobre a pessoa implicada.²² A liberdade e a intimidade das pessoas, seu direito individual à autodeterminação da informação pessoal,²³ aparecem assim como os objetos (sendo mais preciso: os bens jurídicos), desejados ou não, sobre os quais recairiam os efeitos ou resultados das investigações aplicadas, cuja proteção efetiva teria de ser verificada ou cuja restrição em benefício de outros interesses teria de ser justificada. A discriminação nas relações privadas ou frente a grupos populacionais, raciais ou não, poderia ser imposta em detrimento dos princípios de igualdade (de oportunidades e no reconhecimento da igualdade na diferença) e de solidariedade;²⁴ ao que se deveria opor, como reforço destes, o consentimento informado e seu contraponto, o denominado direito a não saber, assim como uma rigorosa confidencialidade sobre a informação e sua não utilização em prejuízo da intimidade, da igualdade e da solidariedade.²⁵ As provas biológicas da paternidade e o rastreamento genético na investigação penal como instrumentos a serviço da Administração da Justiça oferecem outros aspectos nos quais se contrapõem os interesses do afetado com os de terceiros e os gerais da comunidade, que devem ser ponderados.²⁶

Em segundo lugar, as *intervenções no genoma*, por meio do ADN recombinante, apresentam também este caráter ambivalente, por sua

22. Não podemos entrar ainda na importante casuística que geram estes conflitos, mas, de qualquer maneira recordemo-nos de alguns casos mais relevantes: em relação aos diagnósticos de outros membros da mesma família, no âmbito dos seguros (de vida, de enfermidade, de acidentes), do emprego (acesso a um posto de trabalho, promoção interna) e das relações creditícias, entre outros casos que serão analisados mais adiante.

23. V. ROMEO CASABONA, *El Proyecto Genoma Humano: Implicaciones jurídicas* cit., p. 172

24. Sobre as análises no âmbito trabalhista e nos seguros sociais e privados, em particular, v. Günther WIESE, *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, Luchterhand, Neuwied, 1994, pp. 36 e ss. e 69 e ss., respectivamente.

25. A este respeito, a *Declaración de Bilbao*, assinala: "A intimidade pessoal é patrimônio exclusivo de cada pessoa e portanto deve ser imune a qualquer intromissão. O consentimento informado é requisito indispensável para nela interferir. Excepcionalmente e por motivos de interesse geral, poder-se-á permitir o acesso à intimidade pessoal, mas, em todo caso sob controle judicial" (3.ª conclusão).

26. V., p. ex., José A. CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual*, em "La Ley", n. 3556, 1994, pp. 1 e ss.; Jaime PERIS RIERA, *La identificación genética y su relación con ciertos derechos fundamentales*, em "Arbol", n. 564, 1992, pp. 45 e ss.; Francisco RIVERO HERNANDEZ, *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, em "Poder Judicial", n. 25, 1992, pp. 49 e ss. Assim como na jurisprudência espanhola, numerosas sentenças do Tribunal Supremo e outras decisões do Tribunal Constitucional (em particular, a sentença de 17 de janeiro de 1994).

potencialidade modificadora de certas características biológicas dos indivíduos ou, inclusive, das estirpes manipuladas; modificações que por sua vez podem ser transmitidas ou não pelos mecanismos da herança biológica, de acordo com o conhecimento atual da ciência. Estas intervenções atingiriam à integridade das pessoas e, além delas, poderiam atingir inclusive a própria espécie humana;²⁷ mas seria necessário comprovar de que modo afetam ao *nasciturus* em desenvolvimento no útero materno e ao embrião “in vitro” não transferido (agindo diretamente sobre ele ou de forma prévia sobre os gametas), enquanto estes sejam igualmente suscetíveis de intervenção. Nisso é que se deve centrar, em consequência, a reflexão do jurista, isto é, na consideração da adequada proteção jurídica de cada uma destas realidades, identificando ou traçando o perfil dos bens ou valores presentes dignos de referida proteção.²⁸

Finalmente, neste panorama, abrem-se também outras portas que apontam para um horizonte ainda indefinido: a eugenia. A tentação eugênica, ainda que com intermitências, foi uma constante na história da humanidade; não seria, por conseguinte, um fenômeno novo. Do primitivo recurso espartano ao Monte Taigeto até as correntes eugênicas da primeira terça parte deste século, apoiadas no darwinismo social do século passado (Herbert Spencer; Francis Galton)²⁹ e sustentadas no mundo jurídico ocidental por meio do darwinismo legal, não foram infrequentes as tentativas de melhorar a espécie humana.³⁰ Este ideal perfeccionista teve de passar previamente por procedimentos ativos tendentes a impedir o nascimento, a sobrevivência ou a reprodução de seres “imperfeitos”: eutanásia neonatal, aborto ou esterilização de indivíduos considerados atávicos ou mentalmente anormais. Destas práticas de eugenia negativa somente a última – a

27. V., neste sentido, o “Borrador Preliminar de Declaración Universal sobre el Genoma Humano e los Derechos Humanos” (*Preliminary Draft of a Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*), da UNESCO (março de 1996), que declara: “A proteção do indivíduo com relação às implicações da investigação em biologia e genética está dirigida à proteção da integridade da espécie humana, como um valor em si mesmo, assim como ao respeito da dignidade, da liberdade e dos direitos de cada um de seus membros” (art. 4.º).

28. V. mais amplamente sobre os bens jurídicos que considero implicados, ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, cit., pp. 189 e s., e 204 e ss.

29. V. Troy DUSTER, *Human genetics, Evolutionary theory, and Social Stratification*, em Mark S. Frankel & Albert H. Teich (eds.), “The Genetic Frontier. Ethics, Law and Policy”, American Association for the Advancement of Science, Washington, D. C., 1994, pp. 131 e ss.

30. V. Ernst Mayr, *Darwin et la pensée moderne de l'évolution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1993.

esterilização – foi imposta coercitivamente por juízes ou legislações eugênicas.³¹

No momento presente, as análises genéticas pré-conceptivas e o diagnóstico pré-natal são um precioso instrumental científico, mas que podem ser utilizados em favor das correntes, que ressurgiram na atualidade como a “nova eugenia” ou “neo-eugenia”. Hoje já alguns se referem à responsabilidade dos pais de impedir a procriação de filhos sabendo que nascerão enfermos ou com importantes deficiências; mas não apenas à responsabilidade moral, como também à referendada pela lei. Se a isso acrescentarmos o custo das prestações sanitárias e sociais, poderemos explicar – embora delas não compartilhem – determinadas propostas legislativas atuais nesta direção.³² Mas o grande potencial eugênico, (de eugenia positiva, agora: selecionar determinados caracteres fenotípicos) que oferecem as investigações sobre o genoma humano, com métodos que se lobrigam de extraordinária precisão, embora também a curto prazo de particular complexidade, são o diagnóstico pré-implantatório e, sobretudo, as intervenções no genoma, em concreto nas células germinais (os gametas) e no embrião nos primeiros estágios de sua divisão celular (em sua fase de totipotencialidade), seguido também da terapia gênica – na linha germinal –, de onde renasce a importante interrogação, de fundo filosófico, sobre a distinção entre o normal e o patológico, entre este, o diferente e o infrequente, como premissa para o reconhecimento dos imensos benefícios que alcançará a terapia gênica, mas também o risco eugênico, motivo pelo qual deve ser amplamente debatido. E não importa a este respeito quão cientificamente distante se esteja daquilo, sem prejuízo de que o diagnóstico pré-implantatório seja já imediato, com sua potencialidade de favorecimento da eugenia positiva, como passo prévio (inclusive acertadamente alternativo para alguns)³³ à engenharia genética na linha germinal.

As reflexões sobre os possíveis efeitos da eugenia (da eugenia positiva, fundamentalmente) e da proteção da espécie humana deram lugar (além da garantia de sua sobrevivência), à consideração do

31. P. ex., nos Estados Unidos: sem esquecer a posterior experiência nacional-socialista, de base ideológica diferente, nem as suspeitas de ter imposto inclusive o aborto.

32. Como a lei sobre eugenia (ainda que esta expressão tenha sido suprimida), de “Assistência sanitária materna e infantil” da República Popular da China (de 27 de outubro de 1994, em vigor a partir do dia 1.º de julho de 1995), que prevê que todos os casais que desejem contrair matrimônio deverão submeter-se a um exame médico para comprovar se algum deles sofre de alguma enfermidade genética, infecciosa ou mental, e tendo sido diagnosticada alguma delas somente poderão casar-se se tomarem medidas anticonceptivas de caráter permanente.

33. V., advertindo neste sentido, Jacques TESTART, *La procréation artificielle*, Ed. Debate, Madrid, 1994, pp. 95 e ss.

genoma humano como merecedor de proteção específica, enquanto patrimônio da humanidade. Deste modo poder-se-ia conduzir o enfoque até o patrimônio genético como bem da humanidade, da espécie humana, do que esta em seu conjunto seria depositária, incluídas as gerações futuras, e implicaria sua intangibilidade e integridade;³⁴ isto é, tal discurso se maximizaria na sacralização do patrimônio genético como último baluarte. Não obstante, tudo está a indicar que se assumiu essa idéia de modo demasiadamente rápido, sem que se tenha aprofundado ainda, de forma definitiva, os conhecimentos sobre seu verdadeiro significado e alcance, sobre seu conteúdo e, finalmente, sobre a própria adequação e irrefutabilidade da afirmação.³⁵ Encontramo-nos assim, em face de um continente mais intuitivo do que conceitual, necessitado de um conteúdo preciso e exequível, que não pode desatender outros aspectos, como são os benefícios que se podem originar de algumas intervenções genéticas estritamente terapêuticas ou preventivas para a melhoria da qualidade de vida do ser humano individual e para a própria humanidade, e como, de outra perspectiva, é a irrepetibilidade individual (para garantir assim a identidade e individualidade de cada ser humano) e a diversidade biológica da espécie humana (biodiversidade); ou também, mas talvez sem engrandecer com exagero seu alcance, o significado que se deve atribuir aos processos de mutações genéticas espontâneas neste processo reflexivo. Se parece correto o caminho que se está abrindo no sentido de conceder uma proteção ao genoma humano e que isso há de ser pregado de algum modo – isto é, construindo-se, se for possível, as categorias jurídicas adequadas para esta nova perspectiva – para as futuras gerações, é certo também que se requer um profundo e sério debate sustentado num adequado enfoque metódico, como o que propomos.

34. Assim, a *Declaración Universal sobre el Genoma Humano*, cit.: “O genoma humano é um componente fundamental do patrimônio comum da humanidade” (art. 1.º; v., também mais acima, art. 4.º). E, já com anterioridade, a Recomendação 934 (1982), sobre Engenharia genética, do Conselho da Europa, recomendação 7, b: “Recomenda ao Comitê de Ministros (...) prever o reconhecimento expresso, na Convenção Européia de Direitos do Homem, do direito a um patrimônio genético que não haja sofrido nenhuma manipulação, salvo em aplicação de certos princípios reconhecidos como penalmente compatíveis com o respeito aos direitos humanos (por exemplo, no campo das aplicações terapêuticas)”; e a Recomendação 1046 (1986), relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, do mesmo organismo (princípio 1, que acolhe o texto transcrito da Recomendação 934/1982).

35. Também crítico, pois considera que “se cai novamente na falácia naturalista”, Diego GRACIA GUILLEN, *Libertad de investigación y biotecnología*, em Javier Gafo (ed.), “Ética y Biotecnología”, cit., pp. 23 e s.

De forma paralela, deve-se abordar a análise jurídica da proteção do meio ambiente (biosegurança), que pode também ser afetada pelas manipulações genéticas sobre os seres vivos,³⁶ embora já se tenha recorrido à biotecnologia como meio de proteção (p. ex., para as catástrofes provocadas na vida marinha por ocasião dos derrames massivos de petróleo).

Para completar esta global, breve e introdutória incursão em algumas situações e aplicações conflituosas, abusivas ou perversas do conhecimento científico sobre o genoma humano, não se deve esquecer que as constantes descobertas nessa matéria e as numerosas aplicações que ocorreram em benefício do ser humano, da sociedade e do progresso da ciência, foram possíveis graças ao importantíssimo apoio que se está prestando a estas investigações, sendo certo que encontraram outro inevitável e não menos importante suporte na liberdade de investigação, no *direito fundamental à criação e à produção científica*. Não obstante, embora se considere que a aplicação dos resultados (o conhecimento adquirido) de tais investigações possa estar submetida a limitações, a opinião não é tão pacífica no que se refere ao processo de aquisição do conhecimento, como teremos oportunidade de verificar em outro momento. Podemos adiantar que as limitações ou proibições que podem ser estabelecidas sobre a investigação genética dirigida primordialmente à aquisição do conhecimento – com todas as gradações apropriadas, as quais não abordarei agora – devem ser determinadas exclusivamente por sua colisão com direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos ou por outros instrumentos jurídicos semelhantes, inclusive de Direito Internacional.³⁷ Ao contrário, quando tal colisão não tenha ocorrido ou tenha sido

36. A Lei espanhola 15/1994, de 3 de junho, na qual se estabelece o regime jurídico da utilização confinada, a fim de prevenir os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente, alude a isso em sua Exposição de Motivos: “A aplicação destas técnicas [de manipulação genética] pressupõe grandes possibilidades de desenvolvimento econômico e melhoria da qualidade de vida da humanidade, mas acarreta a responsabilidade de assegurar que a referida aplicação seja realizada em condições nas quais os possíveis riscos para a saúde humana ou o meio ambiente sejam mínimos, o que exige a adoção de uma série de medidas de garantia e controle das atividades nas quais se produzam ou empreguem organismos modificados geneticamente”.

37. V., de forma semelhante, a *Declaración de Bilbao*: “A investigação científica será essencialmente livre, sem mais restrições que as impostas pelo autocontrole do investigador. O respeito aos direitos humanos consagrados pelas declarações e convenções internacionais, fixa o limite às atuações ou aplicações de técnicas genéticas no ser humano” (2.ª Conclusão); GRACIA GUILLEN, *Libertad de investigaciones y biotecnología*, cit., pp. 14 e ss.; ROMEO CASA-BONA, *El Derecho y la Bioética...* cit. p. 7.

possível seu equacionamento em favor da investigação por não afetar de forma tão substancial a tais direitos, os poderes públicos – mas não só eles – devem assumir a responsabilidade de promover a ciência e a investigação científica e técnica em benefício do interesse geral.

A dimensão social da investigação comporta, finalmente, exigências, como o livre acesso por parte dos membros da comunidade ao conhecimento científico, (do qual seriam beneficiários em primeiro lugar os próprios investigadores) e as conquistas daquela investigação, sem discriminações por motivos geográficos, culturais, econômicos ou outros, embora tal desejo seja mais fácil de expressar do que de ser posto em prática.

Em vista deste panorama, insistamos, pois, na legitimidade da intervenção da sociedade na tomada de decisões sobre o que deseja ou repele para seu conjunto e para seus membros individuais; intervenção ademais necessária e, em ocasiões, urgente e que se expressa por meio dos instrumentos jurídicos. De qualquer maneira, impõem-se novas particularizações. Em primeiro lugar, deve ficar claro que o Direito não é o único mecanismo disponível para garantir a convivência social e os valores assumidos socialmente, nem talvez o mais importante por si só, já que há outros mecanismos sociais de regulação não menos relevantes ou efetivos. Em segundo lugar que o Direito é, não obstante, um poderoso instrumento de coação em mãos do Estado frente ao indivíduo e que as decisões totalitárias daquele somente podem ser freadas eficazmente se sua configuração for democrática, plural, e estiver submetida ao Direito e seu efeito inseparável de respeito aos direitos e às liberdades fundamentais do ser humano,³⁸ independentemente de sua origem e peculiaridades genéticas, de sua raça e de seu sexo. Eis aqui o respeito à dignidade humana como princípio reitor geral. Como se sabe, estes direitos, valores e princípios foram acolhidos no âmbito internacional pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e outros Convênios Internacionais, assim como por numerosas constituições ou leis fundamentais, entre elas a Constituição espanhola de 1978.³⁹

38. Este ponto de vista presidiu, acertadamente, o Segundo Simpósio do Conselho da Europa sobre Bioética, dedicado à "Ética e Genética Humana", celebrado em 1993. V. Conseil de l'Europe, *Ethique et génétique humaine*, Strasbourg, 1994, *passim*.

39. A concreção dos possíveis direitos aplicáveis à genética humana, além dos referidos no texto sobre o respeito à dignidade da pessoa e igualdade, foi proposta por Georges KUTUKDJIAN, *Genética y Derechos Humanos*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2, 1995, pp. 211 e ss., nos seguintes termos: proteção dos direitos das pessoas vulneráveis, direito a não ser objeto de experimentos médicos ou científicos sem o livre consentimento, direito aos maiores

Por outro lado, a necessária intervenção do legislador, em certas ocasiões, deve partir de várias premissas inafastáveis para regular matérias relacionadas às Ciências da vida e, por conseguinte, à genética humana: consenso, gradualidade e provisoriedade. A primeira – o consenso – não é, evidentemente, um princípio novo, embora se queira chamar a atenção sobre a irrenunciável necessidade de intervenção naqueles temas que encontraram um generalizado ponto de acordo, tanto no âmbito nacional, como internacional, retardando-se, até conseguir a intervenção naqueles aspectos que careçam desse consenso. Disto provém a segunda premissa: a gradualidade na intervenção. Deve-se esperar o conhecimento mais preciso possível dos benefícios e resultados científicos, de um lado, e a demanda social real que gerem e, com isso, sua conflituosidade, de outro. Por último, a provisoriedade significa que o legislador deve ser consciente de que nesses temas tão mutáveis (tanto em seu pressuposto científico, quanto em sua influência social) não pode pretender uma regulamentação com vocação de permanência ou de validade indefinida, até que as mudanças sociais imponham uma revisão, como acontece em relação a tantas facetas da vida coletiva; aqui, ao contrário, deve-se agir assumindo de pronto a necessidade de revisão desde o momento da adoção de decisões legislativas, impondo-se formal e previamente prazos de revisão,⁴⁰ revisão essa que não pode, obviamente, justificar-se em razão de motivos circunstanciais ou de critérios meramente oportunistas, que iriam em detrimento da desejável segurança jurídica. Não obstante, esta mesma consciência de provisoriedade pode justificar a intervenção do legislador contra as duas premissas anteriores – consenso e gradualidade –, com a finalidade de evitar prejuízos graves e irreparáveis em relação ao desenvolvimento não perfeitamente conhecido de determinadas atividades, mas calibrando, ao mesmo tempo, para que não interponham freios ou obstáculos desproporcionados à aplicação de ações benéficas (como as terapias na linha gênica somática).

níveis possíveis de saúde física e mental, direito à proteção contra a ingerência arbitrária na intimidade pessoal ou familiar, direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico e sua aplicação, direito à liberdade de investigação científica. A todos esses, agrega o direito à vida, que é aplicável a todos os membros da família humana, inclusive aos não nascidos, FLEMING, *A ética e o Projeto Genoma Humano sobre Diversidade*, p. 182.

40. Assim o previu na França a Lei 94-624 de 29 de julho de 1994, relativa à doação e utilização dos elementos e produtos do corpo humano, à assistência médica na procriação e no diagnóstico pré-natal (Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), art. 21 que estabelece que a referida Lei será objeto de um novo exame pelo Parlamento num lapso máximo de cinco anos a partir de sua entrada em vigor, após a avaliação de sua aplicação pela Comissão parlamentar de avaliação das decisões científicas e tecnológicas.

Poder-se-ia insinuar nas anteriores propostas a aceitação de um certo relativismo axiológico, além do reconhecimento da modesta função que pode ou deve desempenhar o Direito. É inegável, mas aquela aceitação se circunscreve mais ao processo de identificação e depuração em si mesmo do que à essencialidade desses valores, pois a referência irrenunciável ao longo desse processo não pode ser outra senão a dos direitos humanos (leia-se direitos fundamentais e liberdades públicas, aos quais antes nos vinculávamos).

5. Breve panorama sobre o instrumental normativo existente nos direitos internacional, comparativo e espanhol

Nas linhas que seguem, oferecemos um panorama sobre as diversas iniciativas jurídicas que foram levadas a cabo em diversos países e instâncias internacionais ou se encontram ainda em processo de aprovação, com o fim de ressaltar o grande interesse que despertou o genoma humano e como se tornou necessária a elaboração de um vigamento jurídico a respeito. Com esta exposição não se pretende outra coisa a não ser demonstrar que a reflexão jurídica não está sendo puramente especulativa e distanciada, por isso, da realidade, mas sim que exigiu o concurso do legislador, assim como, em algumas ocasiões, a intervenção, inclusive dos tribunais de justiça. As contribuições de outras instâncias não jurídicas completam este já rico e sugestivo panorama.

*5.1. As perspectivas no âmbito internacional*⁴¹

Neste âmbito devem ser mencionadas várias iniciativas da UNESCO, impulsionadas pessoalmente por seu Diretor Geral, Federico Mayor Zaragoza. A mais significativa do ponto de vista jurídico é a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Preparada pelo UNESCO por meio da Comissão Jurídica (presidida por Héctor Gros Espiell) de seu Comitê Internacional de Bioética (Presidenta: Noëlle Lenoir), o esboço dessa declaração (Setembro de 1994) foi revisado em abril e setembro de 1995 e em março de 1996. Finalmente, em 11 de novembro de 1997 foi aprovada pela UNESCO de forma definitiva

41. V., sobre isso, com a inclusão de abundantes textos legais e outros documentos jurídicos internacionais, *Código de leyes sobre genética* (Carlos M. Romeu Casabona, ed.), Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizcaya, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

Tal iniciativa deve ser acolhida favoravelmente, por vários motivos.⁴² O primeiro deles e o mais relevante é, sem dúvida, o próprio tema objeto da Declaração: a proteção do genoma humano. De um ponto de vista instrumental, a Declaração oferece também uma perspectiva muito favorável e valiosa no momento histórico atual, por várias razões que têm em comum ser a primeira iniciativa na qual concorrem de forma simultânea as seguintes características: a) trata-se de um instrumento jurídico, em sentido estrito, marca que não apresentam as declarações, recomendações, conclusões, etc., adotadas até o momento no plano internacional por organizações governamentais e não governamentais, com a exceção das já numerosas Recomendações do Conselho da Europa e da Convenção do referido organismo, aos quais me referirei mais abaixo; b) seu caráter internacional universal; c) seu conteúdo específico sobre o genoma humano, mas, ao mesmo tempo, globalizador, ao referir-se a todos os aspectos considerados mais relevantes pela Comissão redatora do Esboço; d) a adoção de uma forma jurídica típica e conhecida no Direito Internacional: a de uma Declaração, o que permitiu maior agilidade e rapidez na sua aprovação formal final. De qualquer maneira, algumas dessas características mencionadas constituem ao mesmo tempo outros de seus potenciais pontos de debilidade, que podem redundar na diminuição de sua eficácia normativa futura, mas é necessário, por isso, ser consciente de que estas limitações encontrariam sua origem em suas virtudes. Na Declaração tiveram cabimento matérias muito significativas como objeto de proteção, como são o respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio de autonomia individual (pela exigência do consentimento do interessado), a não discriminação baseada nas características genéticas, a confidencialidade, a liberdade da investigação, a investigação responsável, a solidariedade entre os povos, a proclamação do genoma humano como patrimônio comum da humanidade, a salvaguarda da espécie humana, etc.⁴³ De todos os modos, passa a ter, em algumas ocasiões, um certa ambigüidade excessiva, o que traz como consequência as escassas obrigações reais que os Estados e a Comunidade Internacional pudessem querer assumir e incorre em algumas omissões importantes, provavelmente conscientes, de que, se não corrigidas adequadamente, diminuirão também sua eficácia aplicativa.

42. V. alguns comentários sobre o Projeto de Declaração, em C. M. ROMEO CASABONA, *El Proyecto de Declaración de la UNESCO sobre la Protección del Genoma Humano: Observaciones a una iniciativa necesaria*, in "Revista de Derecho e Genoma Humano", n. 3, 1995, pp. 161 e ss.

43. Dada a extensão da Declaração não a transcrevemos por completo. Pode o texto completo ser consultado in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, vol. 7, p. 247 e ss., 1997

Faz-se alusão também na matéria à *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras* de 1994, elaborada pela reunião de especialistas da UNESCO, da *Equipe Cousteau* e da *Universidad de la Laguna* (Tenerife, Espanha), sob a presidência de D. Federico Mayor Zaragoza, na qual se destaca o enfoque inovador sobre aos chamados e reconhecidos "direitos" das futuras gerações em relação às gerações atuais, perspectiva que, como é sabido, tanto se aproxima do genoma humano. Por isso mesmo, o art. 3.º desta Declaração proclama o direito à vida e à prevenção da espécie humana nestes termos:⁴⁴ "as pessoas pertencentes às gerações futuras têm direito à vida e à manutenção e perpetuação da Humanidade, nas diversas expressões de sua identidade. Por conseguinte, está proibido causar dano de qualquer maneira que seja à forma humana de vida, em particular com atos que comprometam de modo irreversível e definitivo a preservação da espécie, assim como o genoma e a herança genética da Humanidade, ou tendam a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso."

Deve-se assinalar ainda que é um texto normativo em sentido estrito, apesar de o Diretor Geral da UNESCO haver declarado sua intenção de promover o procedimento oportuno para que tal declaração seja aprovada pelas Nações Unidas (o que já está realizando), e que seus propósitos específicos não se circunscrevam à proteção específica do genoma humano, excetuado o preceito mencionado.

Finalmente, também no seio das Nações Unidas, deve-se evocar o *Convênio sobre Biodiversidade Biológica*, aprovado no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992.

A 93.ª Conferência Interplanetária, realizada em Madri na primavera de 1995, dedicou especial atenção aos assuntos de Bioética, como tarefa que incumbe de forma urgente também ao legislador para uma melhor proteção dos direitos humanos que podem ser afetados pelos avanços biomédicos.⁴⁵

No âmbito regional, o Conselho da Europa é pioneiro nestas iniciativas no mundo, pois está desenvolvendo há aproximadamente vinte anos uma importante atividade relacionada com direitos humanos

44. V. o texto completo da Declaração Universal dos Direitos das Gerações Futuras, com apresentação de Karel VASAK, em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n.º 1, 1994, pp. 221 e ss.

45. V., a respeito, Arthur ROGERS/ D. DURAND DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 1995, pássim. Esteban PERALTA LOSILLA, *El consejo de Europa y sus trabajos en materia de genética*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2 1995, pp. 219 e ss.

e as ciências biomédicas e, em particular, com a genética humana,⁴⁶ graças em parte à criação, em seu seio, do Comitê Diretor de Bioética, CDBI denominado anteriormente de Comité "ad hoc" de expertos nos avanços das ciências biomédicas, CAHBI) que realizou numerosos trabalhos preparatórios sobre estes temas. Destacam-se, em primeiro lugar, várias Recomendações sobre diversos aspectos jurídicos que afetam à genética humana: sobre engenharia genética (1982), sobre a utilização de embriões e fetos humanos com propósitos diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais (1986), sobre rastreamento genético pré-natal, diagnóstico genético pré-natal e o correspondente aconselhamento genético (1990), sobre a utilização da análise do ácido desoxirribonucleico (ADN) no modelo do sistema da justiça penal (1992), sobre a análise e rastreamento genéticos com fins de assistência sanitária (1992), sobre a proteção e patenteabilidade do material de origem humana (1994) e sobre o rastreamento como instrumento de medicina preventiva (1994).⁴⁷

Especial interesse apresenta para nós o *Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina* do conselho da Europa,⁴⁸ por ser pioneiro em

46. Com efeito, realizada em Madri do dia 27 de março a 1.º de abril de 1995, aprovou uma Resolução sobre "Bioethics and its implications worldwide for human rights protection (expositor: M. Palacios).

47. Os títulos completos em sua versão oficial em inglês são, respectivamente, os seguintes: *Recommendation 934 (1982), on genetic engineering, Recommendation 1046 (1986), on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes, Recommendation 90 (13), of the Committee of Ministers to member States on prenatal genetic screening, prenatal genetic diagnosis and associated genetic counselling, Recommendation R (92) 1, of the Committee of Ministers to member States on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system, R (92) 3, of the Committee of Ministers to member States on genetic testing and screening for health care purposes, Recommendation 1240 (1994), on the protection and patentability of material of human origin, y Recommendation R (94) 11, on screening as a tool of preventive medicine.*

48. O Título completo é convênio do conselho da Europa sobre *Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do ser humano em temas relacionados às aplicações da Biologia e da Medicina: Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina (Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention of Human Rights and Biomedicine)*. Apresentado publicamente no dia 30 de junho de 1994, foi aprovado pela Assembléia Parlamentar deste Organismo no dia 02 de fevereiro de 1995, revisado em setembro de 1996, adotado pelo Comitê de Ministros em 19 de novembro de 1996 e firmado pelo Conselho da Europa no dia 4 de abril de 1997, em Oviedo, Espanha. V. E. BRAUN, *Bioethik – Konvention des Europarates. Ein Schwieriges Unterfangen*, in "Deutsches Ärzteblatt", 19/ 1995; t. EDINGER, *Bioethic-Knovention noch unausgereift*, in "Deutsche Riche-

Direito Internacional, por sua própria natureza jurídica de Convênio – que lhe outorgará uma especial força jurídica –, por conter algumas disposições específicas sobre o genoma,⁴⁹ por haver sido anunciada a aprovação de algum Protocolo sobre genética (v. art. 31) e, finalmente, por ter previsto que a adesão a dito convênio estará aberta do Convênio da Europa que tenham participado de sua elaboração ou da Comunidade Européia (art. 33) ou outros a subscrever o convênio, o que lhe conferirá por esta via indireta uma vocação de universalidade. É certo que, não obstante, não é um instrumento jurídico específico sobre o genoma humano e que seu ponto de partida é de âmbito regional. É oportuno assinalar que foi um acerto que no processo de revisão se haja modificado sua denominação abreviada inicial – Convênio sobre Bioética –, pelo inconveniente que era a mesma para um instrumento jurídico de caráter obrigatório como é o Convênio, pois poderia provocar dúvidas inclusive sobre sua genuína natureza jurídica, nestes tempos de freqüente confusão conceitual sobre as relações entre (Bio-) Ética e Direito no campo das ciências da vida.

A União Européia, que já em 1989 aprovou uma Resolução sobre a matéria,⁵⁰ desenvolveu posteriormente uma regulamentação por meio de diversos instrumentos jurídicos sobre a questão (além das de investigação já assinaladas). Trata-se, em primeiro lugar, das Diretivas da ainda então Comunidade Econômica Européia 90/219/CEE, sobre a utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente, e 90/220/CEE, sobre liberação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente, que foram transpostas ao direito interno pela maioria dos Estados membros da União.⁵¹ Mesmo assim aprovou a Diretiva 90/679/CEE, sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos relacionados à exposição a agentes biológicos de trabalho.⁵² Não teve o mesmo êxito o Projeto de Diretiva relativo à

terzeitung”, 4, 1995: Marcelo PALACIOS, *Informe sobre el Proyecto de convenio de Bioética*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 3, 1995, pp. 301 e ss.; ROGERS,/ DURANDO DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, cit.

49. Em concreto, os art. 11 a 14, integrados no Capítulo IV, que leva por rubrica “Human Genome”.

50. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989, doc. A 2-327/88, *sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*.

51. Ambas as diretivas foram atualizadas pela Diretiva da Comissão 94/15/CE, de 15 de abril de 1994, *pela qual se adapta ao progresso técnico pela primeira vez a Diretiva 90/220/CEE do Conselho sobre a liberação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente*, e pela Diretiva da Comissão 94/51/CE, de 07 de novembro de 1994, *na que se adapta ao progresso técnico a Diretiva 90/219/CEE do Conselho relativa à utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente*.

52. V. “Journal Officiel des Communautés Européennes”, n. 1374, 31 de dezembro de 1990. Estão relacionadas à saúde laboral as Diretivas 89/391/CEE,

proteção jurídica das invenções biotecnológicas, que haveria tido uma extraordinária importância como tomada de posição no debate internacional existente sobre esta matéria, posto que, depois de um longo processo e da conquista de um aparente consenso prévio, foi rechaçada pelo Parlamento Europeu em 5 de março do 1995⁵³, motivo pelo qual foi necessária a retomada do Projeto com um novo Projeto de Diretiva, apresentada em 13 de dezembro de 1995.⁵⁴ De outra natureza, mas igualmente de sumo interesse, são a criação do Grupo de Assesores sobre as Implicações Éticas da Biotecnologia (presidenta: Noëlle Lenoir)⁵⁵ e a Unidade sobre Aspectos Legais Éticos da Ciências e tecnologias da Vida (chefe: José Elizalde), ambas da Comissão Europeia.

Outras iniciativas internacionais que não têm natureza jurídica nem de conteúdo, nem de forma, mas que propõem critérios, em geral, éticos de orientação e possível regulação, são: as Declarações de Valência sobre o Projeto Genoma Humano (1998) e sobre Ética e o Projeto Genoma Humano (1990),⁵⁶ Declaração sobre a Patente de Genes, adotada pelo International Council of Scientific Unions (1992). Grande potencial impulsor nesta matéria revela-se o Programa Regional de Bioética para a América Latina e o Caribe – Organização Pan-americana da saúde, com sede em Santiago do Chile (diretor: Julio Montt).⁵⁷

sobre a aplicação de medidas para promover a melhora da segurança e da saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho, 91/383/CEE, relativa à proteção dos jovens, e 92/85/CEE, sobre a proteção da maternidade.

53. Desta Diretiva frustrada desejo assinalar aqui tão somente parte de seu art. 2.º: "1. O objeto de uma invenção não será excluído da patenteabilidade pelo único motivo de estar composto por matéria biológica ou ser aplicado a esta última. (...) 3. Não serão patenteáveis invenções cuja publicação ou exploração sejam contrárias à ordem pública e aos bons costumes (...) Por esta razão, não serão patenteáveis, em particular: a) o corpo ou elementos do corpo como tais; b) os procedimentos de modificação da identidade genética do ser humano contrários à dignidade da pessoa humana...

54. V. mais extensamente sobre tudo isso, Enrique MARIN PALMA, *La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (I) e (II)*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3 e 4, 1995 e 1996, pp. 279 e ss. e 187 e ss.

55. Suas Opiniões manifestadas em temas mais diretamente relacionados à genética são: on Legal Protection of Biotechnological Inventions (n. 3), on Gene Therapy (n. 4), on Prenatal Diagnosis (n. 6), on the Patenting of Inventions involving Elements of Human Origin (n. 8).

56. Resultado de um Encontro Internacional promovido pela Fundação BBV. As intervenções do Encontro e o texto da Declaração foram publicados no livro: Fundación BB (ed): *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Madrid 1991 (Existe também edição em inglês da mesma data).

57. Edita diversas publicações, entre elas um Boletim periódico: "Bioética. Informa" e "Cuadernos de Bioética".

Mereceu grande ressonância internacional a *Declaração de Bilbao* de 1993, fruto da Reunião Internacional sobre "O Direito ante o Projeto Genoma Humano", promovida e organizada pela *Fundación Banco Bilbao Vizcaya*, com a colaboração da *Diputación Foral de Bikaia* e da *Universidad de Deusto*, a que compareceram cerca de duzentos especialistas de todo o mundo, e que deu lugar a uma publicação em quatro volumes de aproximadamente mil e quinhentas páginas, com edição correlativa em inglês. Esta declaração, que não é um texto normativo no sentido estrito ao que vimos fazendo alusão, tem a virtude de haver sido o primeiro texto internacional que aborda, de forma global e específica, os diversos aspectos relacionados ao genoma humano, fundamentalmente desde o ponto de vista do Direito, e apela, de forma expressa, à conveniência de elaboração de acordos internacionais, assim como de instauração de um controle supranacional. Por sua evidente importância para o conteúdo desta obra, recordarei agora suas conclusões:⁵⁸

"1. A incidência do conhecimento genético no ser humano, demanda já uma detida reflexão dos juristas para dar resposta aos problemas que sua utilização pressupõe.

2. A investigação científica será essencialmente livre, sem mais impedimentos que os impostos pelo autocontrole do investigador. O respeito aos direitos humanos consagrados pelas declarações e convenções internacionais marca o limite a toda atuação ou aplicação de técnicas genéticas no ser humano.

3. A intimidade pessoal é patrimônio exclusivo de cada pessoa e portanto deve ser imune a qualquer intromissão. O consentimento informado é requisito indispensável para interferir nela. Excepcionalmente e por motivos de interesse geral, poder-se-á permitir o acesso à intimidade pessoal, mas em todo caso, sob controle judicial.

4. O corpo humano, em respeito à dignidade da pessoa, não deve ser susceptível de comercialização. Nada obstante, permitir-se-á a disponibilidade gratuita e controlada com fins terapêuticos ou científicos. Os conhecimentos genéticos são patrimônio da humanidade e devem comunicar-se livremente.

58. O Grupo de especialistas que se responsabiliza por esta Declaração, é o seguinte: Jean Dausset, Prêmio Nobel de Medicina (1980); Carleton Gajdusek, Prêmio Nobel de Medicina (1976); Santiago Grisóla, Presidente do Comitê da UNESCO para o Projeto Genoma; Michael Kirby, Presidente do Tribunal de Apelação da Corte Suprema de Nova Gales do Sul, Austrália; Aaron Klug, Prêmio nobel de Química (1982); Noëlle Lenoir, Membro do Conselho constitucional, Paris., França; Rafael de Meindizábal, Magistrado do Conselho Constitucional, Madri.; Juan Bautista Pardo, Presidente do Superior Tribunal de Justiça do País Basco; e Carlos María Romeo Casabona, Diretor da Cátedra de Direito e Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizdaia, Universidade de Deusto (Bilbao).

5. A tecnologia genética aplicada à identificação pessoal, sendo susceptível de fornecer mais informação do que a estritamente necessária, deverá restringir-se à exigência indispensável de cada caso concreto.

6. Até que os avanços científicos o permitam e dado que não se conhecem as funções exatas de um só gene, é prudente estabelecer uma moratória na alteração de células germinais.

7. Será rechaçada a utilização dos dados genéticos que originem qualquer discriminação no âmbito das relações laborais, dos seguros ou em qualquer outro.

8. É aconselhável elaborar acordos internacionais e harmonizar as leis nacionais para regular a aplicação dos conhecimentos genéticos, bem como instaurar um controle supranacional."

5.2. Referências de direito comparado⁵⁹

Alguma leis em vários países europeus regulam de forma global ou parcial estas matérias: Reino Unido,⁶⁰ República Federal Alemã,⁶¹ Áustria⁶² e França.⁶³ Por sua vez, a Argentina,⁶⁴ Brasil,⁶⁵ Suécia,⁶⁶

59. V. sobre isso, com a inclusão de numerosos textos legais, *Código de Leyes sobre Genética*, cit.

60. Lei de 1.º de novembro de 1990, *Human fertilization and embryology*.

61. Lei de 13 de dezembro de 1990, de Proteção de Embriões, Gesetz zum Schutz von Embryonen.

62. Lei de 12 de julho de 1994, sobre técnica genética, *GentechnikGesetz*.

63. Lei n. 94-653 de 29 de julho de 1994, relativa ao respeito ao corpo humano, *Loi relative au respect du corps humain*; Lei n. 94-654 de 29 de julho de 1994, relativa à doação e utilização dos elementos e produtos do corpo humano, à assistência médica na procriação e ao diagnóstico pré-natal, *Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. V. desse mesmo país a *Recommandation*, 12 septembre 1994, relative à la déclaration des événements graves susceptibles d'être dus à une recherche biomédicale menée sur un médicament ou un produit assimilé; arrêté, 2 novembre 1994, relatif à la bonne exécution des analyses de biologie médicale; Décret n. 94-1049, relative au controle de qualité des analyses de biologie médicale prévu par l'article L. 761-14 du code de la santé publique.

64. Lei n. 23.511. de 1.º de junho de 1987, sobre o Banco Nacional de Dados Genéticos e Decreto de desenvolvimento daquela 700/1989. Sobre outros projetos de lei nesse país, v. MARTÍNEZ, *Manipulación Genética y Derecho Penal*, cit., pp. 245 e ss. (e nota 267).

65. Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que Regulamenta os incisos II e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

66. Lei n. 900, de 9 de julho de 1990, relativa aos organismos geneticamente modificados. Ordem n. 901, de mesma data e matéria. Ordem n. 902, da mesma data, sobre instruções ao comitê de técnicas genéticas.

Noruega,⁶⁷ República Popular da China⁶⁸ e Índia⁶⁹ incorporaram também leis sobre diversos aspectos específicos destas matérias e a Dinamarca tem, em fase de aprovação, um projeto de lei que, desde 1986, conta com normas específicas sobre tecnologias genéticas e proteção do meio ambiente. O esquema de reforma legislativa do Código Penal italiano contém alguns delitos relacionados à genética, como delitos contra a dignidade do ser humano.⁷⁰ Sobre estes e outros regulamentos (ou projetos) faremos referência mais detalhada nos capítulos seguintes.

A Constituição da Confederação *Helvética* foi reformada em 1992 (após um referendun celebrado no dia 17 de maio do mesmo ano) e introduziu no art. 24 o seguinte texto:

“O material genético de uma pessoa não poderá ser analisado, registrado ou revelado sem seu consentimento prévio, salvo quando expressamente o autorize ou imponha a lei.”

Em algumas constituições da América espanhola moveram-se também ações para introduzir algumas modificações relacionadas aos direitos da pessoa e à genética.

Como fonte de critérios éticos e orientações de grande valor para o discurso jurídico e, em seu caso, para respectivas iniciativas do legislador, devem ser mencionados os Comitês Nacionais de Bioética e instituições similares, além das já mencionadas no plano supranacional.⁷¹ O comitê Consultivo Nacional de Ética sobre as Ciências da Vida e da Saúde, da França (o pioneiro, constituído em 1983), emitiu numerosos *Avis*, vários deles relacionados à genética.⁷² O Conselho

67. Lei n. 56, de 5 de agosto de 1994, relativa à Utilização médica da biotecnologia.

68. Lei de Proteção da saúde materna e infantil, de 27 de outubro de 1994, já cit.

69. Lei n. 57, de 20 de setembro de 1994, sobre técnicas de diagnóstico pré-natal (regulação e prevenção de sua utilização abusiva).

70. V. *Schema di Delega Legislativa per l'emanazione di un nuovo Codice Penale* (1992), Livro primeiro, título IV, Capítulo III: “Delitos contra a identidade e genética” (art. 65). V. referências em Ferrando MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados y sistemas de control y técnicas de tutela*, cit., pp. 93 e ss.

71. V. sobre o tema, *Código de Leyes sobre Genética*, cit. e referências no anexo desta obra.

72. V. Comité Consultatif National d'Étique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal*, de 1985, *Avis relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques*, de 15 de dezembro de 1986, *Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN*, de 15 de dezembro de 1989, *Avis sur la non commercialisation du génome humain*, de 1993, e *Avis sur Génétique et médecine: de la prédiction à la prévention*, de 30 de outubro de 1995.

Dinamarquês de Ética,⁷³ o Conselho Nacional de Bioética da Itália,⁷⁴ o Conselho Nacional de Ética para as ciências da Vida de Portugal,⁷⁵ o Conselho Nuffield de Bioética, do Reino Unido,⁷⁶ O Commissariado para a proteção dos Dados, do Canadá,⁷⁷ entre outros, são exemplos da crescente dedicação às questões éticas que instauram as investigações sobre o genoma humano.

Devem ser mencionados também alguns centros de investigação dedicados de forma específica aos aspectos éticos e jurídicos do genoma humano e das biotecnologias: o Centro de Investigação sobre Biotecnologia e Direito (*Forschungszentrum Biotechnologie und Recht*), de Lünemburg, República Federal Alemã (diretor: prof. J. Simon), o Centro de Estudos sobre Genética e Direitos da Universidade Extendado da Colômbia, em Santa-fé de Bogotá (diretora: Emilssen González de cancino);⁷⁸ e a primeira cátedra no mundo sobre Direito e Genoma Humano (Universidade de Deusto, Bilbao), promovida pela Fundación Banco Bilbao Viizcaya, com a colaboração da Deputação Foral de Bizkaia e a Universidade de Deusto (diretor: Carlos M. Romeo-Casabona). Não obstante, existem, espalhados por todo o mundo, outros centros dedicados ao Direito Biomédico ou Farmacêutico, à ética Médica e à Bioética, que dedicam grande parte de suas atividades docentes e de investigação ao genoma humano e à biotecnologia em geral.⁷⁹

5.3. O direito espanhol

O ordenamento jurídico espanhol não é alheio à problemática estabelecida pelo conhecimento e pelo acesso científico e material ao

73. V. *The Danish Council of Ethics*, que publica desde 1989 o *Annual Report*, sobre as atividades e ditames do Conselho.

74. V. Comitato Nazionale pel la Bioetica, que publicou vários documentos ou ditames, entre eles, *Terapia genica* (1991), *Documento sulla sicurezza delle biotecnologie* (1991), *Diagnosi prenatali* (1992), *Rapporto sulla brevettabilità degli organismi viventi* (1993), *Pogetto Genoma Umano* (1994).

75. V. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Documentação*, vol. I (1991-1993) e vol. II (1993-1994), Presidência do Conselho de Ministros.

76. V. Nuffield Council of Bioethics, *Genetic Screening. Ethical Issues*, 1993.

77. V. The Privacy Commissioner of Canada, *Genetic Testing and Privacy*, Ottawa, 1992.

78. V., a respeito, Emilssen GONZÁLEZ DE CANCINO, *Derechos Humanos y Ciencias Biológicas*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2, 1995, pp. 251 e ss.

79. V. referências completad em Anita I. NOLEN /Mary CARRINGTON COUTTS (eds.), *International Directory of Bioethics Organizations*, the Kennedy Institute of Ethics, Georgetown University, Washington, D. C. 1993; Gérard HUBER (DE.), *Annuaire Européen de Biéthique / European Directory of Bioethics*, Association Descartes, Paris, 1996.

genoma humano. Neste sentido, o legislador espanhol tomou diversas iniciativas que oferecem uma ampla cobertura regulamentativa específica sobre diversos aspectos da matéria que nos ocupa. Ainda assim ficam outros setores carentes (por agora) de regulamentação.

Mencionemos em primeiro lugar a Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de reprodução assistida, e Lei 42/1988, de 28 de dezembro, de doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos.⁸⁰ Com ambas as leis, a Espanha se tornou o primeiro país no mundo que abarcava de maneira ambiciosa, global e completa os aspectos mais relevantes relacionados aos diagnósticos genéticos, à terapia gênica, à prevenção de enfermidades hereditárias e à investigação biológica sobre gametas, embriões e fetos, entre outras matérias, além das técnicas de reprodução assistida enquanto tais. A partir de então a legislação espanhola passou a ser referência obrigatória no direito comparado e internacional, certo que, qualificada como uma legislação abertamente permissiva, nem sempre foram compartilhados seus critérios.⁸¹ No entanto, ainda que fosse discutível, tal esforço do legislador não foi suficientemente apoiado pelo poder executivo. Com efeito, ambas as leis encomendavam ao Governo da Nação o desenvolvimento e execução do estabelecido nestas leis no prazo de seis meses ou de um ano, a partir de sua respectiva promulgação, por meio de vários Decretos Reais.⁸² Somente dois deles foram aprovados até o momento pelo Executivo,⁸³ pelo que o potencial regulamentativo, de controle e qualificação destas atividades

80. Ambas as leis tiveram como antecedente uma inovadora forma de proceder por parte das Cortes Espanholas, ao criar-se em seu seio uma "Comissão Especial de Estudo da Fecundação *in vitro* e da inseminação artificial humanas", que continuou com a apresentação de um "Informe" (conhecido como "Informe Palacios") e concluiu com a votação do mesmo pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em 19 de abril de 1986. V., mais extensamente, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 225 e ss.

81. Que não se esqueça que pendem de ambas as leis vários recursos de inconstitucionalidade interpostos em 1989 pelo Grupo Parlamentar Popular do Congresso, sobre os que ainda não foram resolvidos pelo Tribunal Constitucional espanhol.

82. Vejam-se suas Disposições Finais e Adicionais, respectivamente. Em total, são previstas quinze matérias que deveriam ser reguladas, em princípio, por outros tantos Reais Decretos.

83. Decreto Real 412/1996, de 1.º de março, *através do qual são estabelecidos os protocolos obrigatórios de estudo dos doadores e usuário relacionados às técnicas de reprodução humana assistida e regulava a criação e organização do Registro Nacional de Doadores de Gametas e Pré-embriões com fins de reprodução humana*. Decreto Real 413/1996, de 1.º de março, *através do qual são estabelecidos os requisitos técnicos e funcionais precisos para a autorização e homologação dos centros e serviços sanitários com as técnicas de reprodução assistida*.

fica garantida ainda somente de forma parcial. De qualquer forma, a nova norma prevê a disposição de meios institucionais para conhecer com maior precisão as atividades que estão sendo realizadas (ou foram realizadas até o presente) na Espanha e, provavelmente também, com que porcentagens de êxito e qualidade; existe já uma via administrativa de controle específico por parte das autoridades sanitárias sobre a qualificação dos centros, as condições materiais e pessoais que deverão reunir e a realidade destas práticas. Nada obstante, os aspectos mais estritamente vinculados à investigação, experimentação e intervenções no genoma humano (p. ex., algumas práticas sobre embriões obtidos *in vitro*), reguladas pelas duas leis de 1988, não foram ainda objeto do necessário desenvolvimento regulamentário, motivo que nos leva a concluir que, em grande medida ainda (pois alguns aspectos já são plenamente apreciáveis, como vimos), estas leis não puderam satisfazer uma considerável parte da finalidade a que estavam destinadas.

Por outro lado, dada sua precocidade no tempo, alguns dos critérios adotados por elas não gozavam ainda de um pacífico consenso internacional ou não eram conhecidas algumas possibilidades de posteriores inovações científicas. Estes são os casos, por exemplo, da terapia gênica na linha germinal, permitida, em minha opinião, pela Lei 35/1988 (mesmo sendo impossível desde um ponto de vista jurídico, ao faltar algumas condição relacionadas ao desenvolvimento regulamentário mencionado: a lista de enfermidades graves para que se autorizaria esta terapia, sem que sua realização tivesse que significar alguma consequência jurídica para seu autor),⁸⁴ rechaçada, sem embargo, no concerto internacional⁸⁵ ou, menos, propugnado-se que seja submetida à moratória; bem como da experimentação sobre pré-embriões (embriões "*in vitro*"), que suscitou uma viva discussão no Conselho da Europa durante a tramitação do Projeto de Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina,⁸⁶ e do diagnóstico pré-implantatório, igualmente autorizado pela Lei.⁸⁷

84. Assim se deduz do art. 13.1 e 3. O art. 13.3.c, junto com a Disposição Final Primeira, d, evoca a uma lista de enfermidades genéticas ou hereditárias que, como já foi dito, não foi ainda aprovada pelo Governo da Nação. Veja-se também a esse respeito a Lei 42/1988, art. 8.2.a e c, e Disposição Adicional Primeira, b.

85. Neste sentido, p. ex., o Projeto de Convênio sobre Direito Humanos e Biomedicina, do Conselho da Europa, art. 13: "qualquer intervenção que pretenda modificar o genoma humano unicamente poderá ser realizado com fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e sempre que não tenha por objetivo introduzir modificação alguma no genoma de qualquer descendente". De igual maneira, o Grupo de Assesores sobre as Implicações Éticas da Biotecnologia, da Comissão Européia, em seu Ditame sobre *Implicações Éticas da Terapia Genética*, cit., ponto 2.7.

86. V. seu art. 18, que não fecha, por enquanto, as portas à investigação sobre embriões "*in vitro*".

87. V. art. 12 da Lei 35/1988, e art. 8.2.a da Lei 42/1988.

O novo Código Penal espanhol de 1995,⁸⁸ com a introdução de várias figuras delituosas novas, incrimina algumas das infrações mais graves que as leis de 1988 configuraram como ilícitos administrativos. Como veremos em outro lugar,⁸⁹ o novo Código supera amplamente as graves deficiências que padecia seu predecessor, o Projeto de Código Penal de 1992. Assinalemos agora unicamente a dificuldade que representa encontrar os critérios político-criminais adequados por meio dos quais o Direito Penal possa cumprir com sua característica função tutelar dos bens jurídicos de forma preventivo-repressiva frente às agressões (possíveis atualmente ou no futuro imediato) mais graves aos mesmos, sem ultrapassar o princípio de mínima intervenção do Direito Penal, nem confiná-lo a uma função meramente simbólica nesta matéria. É também tarefa difícil evitar o afrontoso casuismo para dar cumprimento ao princípio de taxatividade na técnica tipificadora de condutas penais penalmente relevantes, mas é preferível incorrer nesse risco do que introduzir figuras demasiadamente vagas, que atentariam contra a segurança jurídica, o que seria muito mais grave. Em qualquer caso, como será ocasião de expor mais pormenorizadamente, o Direito Penal deve centrar-se por ora em minha opinião, na criação de uma barreira de contenção frente às condutas que podem dar lugar ao nascimento de seres humanos geneticamente manipulados (no sentido amplo da expressão) ou que não tenham sua origem na união de *um* óvulo e de *um* espermatozóide humanos. Teremos oportunidade de comprovar que no Código Penal de 1995 não foram satisfeitos estes propósitos político-criminais nos delitos mais diretamente vinculados às intervenções no genoma humano, pois incorre numa incorreta proteção penal ao mesmo tempo por defeito e por excesso. Não obstante, são corretas algumas de suas previsões punitivas, mas se mostrava mais adequada a técnica inicialmente adotada pelo Projeto de Código Penal de incluir os delitos previstos nas Leis 35/1988 e 42/1988, tanto para facilitar em algum caso a plena configuração ou compreensão do ilícito penal, que remete de algum modo a elas, como para os fins de prevenção geral propostos pelo legislador.

A Lei 15/1994, de 3 de junho, pela que se estabelece o regime jurídico da utilização confinada, liberação voluntária e comercialização de organismos modificados geneticamente a fim de prevenir os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente consistiu-se na transposição das Diretivas da União Européia sobre esta matéria. É cedo ainda para aferir a eficácia desta Lei para os objetivos propostos, e em princípio

88. Aprovado por Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, e com entrada em vigor seis meses mais tarde.

89. V. mais adiante, Cap. VII, 4.3.2.

poderia ter cobertura penal, em alguns casos, através do delito sobre porte e transporte de organismos que contem o Código Penal (art. 349), ainda que para sustentar tal afirmação que se realizar uma análise mais pormenorizada dessa figura delituosa à luz destes feitos.

Além das matérias mencionadas, o ordenamento jurídico espanhol carece de outros instrumentos jurídicos para proteger de forma específica e suficiente outras manifestações derivadas do conhecimento genético. Mais acima indiquei que esta é uma das matérias mais delicadas relacionadas ao genoma humano: o acesso à informação genética, e é onde o indivíduo aparece com toda crueza em uma posição de máximo desequilíbrio e vulnerabilidade frente a terceiros (quaisquer que sejam estes). Carecemos de uma norma específica sobre a proteção da informação genética pessoal e sobre a garantia de não submissão às análises de forma obrigatória e coercitiva, inclusive quando tal informação deva atender a interesses altamente valiosos, como são os implicados na Administração de Justiça.⁹⁰ Apesar de que a Lei Geral de Saúde de 25 de abril de 1986 (art. 10.1 e 3 e 61),⁹¹ a Lei Orgânica 5/1992, de 29 de outubro, de regulamentação do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal (arts. 7 e 8),⁹² entre outras,⁹³ prevêm medidas de proteção de informação ou dados pessoais, não são suficientes para cobrir as necessidades específicas atuais derivadas da informação genética, como ressaltam algumas iniciativas no âmbito nacional⁹⁴ e internacional.⁹⁵

90. A este respeito foi apresentada uma proposição de lei sobre esta matéria pelo Grupo Popular da Câmara dos Deputados (sobre o uso e prática da análise do ácido desoxirribonucleico – ADN – dentro do sistema do Direito Penal e na Investigação da Paternidade), mas foi rechaçada pela Câmara dos Deputados.

91. Veja-se, sobre a história clínica, o Decreto Real de 20 de janeiro de 1995, sobre ordenação de prestações sanitárias do Sistema Nacional de Saúde, art. 6.º e Anexo I, apartado 5.

92. tenha-se em conta também a Lei Orgânica sobre *Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública*, de 14 de abril de 1996 e a *Lei do Medicamento* de 19 de dezembro de 1990, citadas pela LORTAD em seu art. 8.º, igualmente à própria *Lei Geral de Sanidade*, no que diz respeito aos dados relativos à saúde.

93. Assim, a Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, sobre a *proteção civil da intimidade pessoal e familiar, à honra e à própria imagem*, art. 4.7. e o Código Penal, arts. 197 e ss. e 413 e ss.

94. V. The Privacy Commissioner of Canadá, *Genetic Testing and Privacy*, Ottawa, já cit.

95. Assim, o Projeto de Recomendação do Conselho da Europa sobre a *proteção de dados médicos*, e o Projeto de Convênio sobre *Direitos Humanos e Biomedicina*, do mesmo Organismo, art. 12 e 18. V. também International Labour Office, *Workers' Privacy, Part. III, Testing in the Work Place*, Vol. 12, 2/1993, Geneva, 1993, e no âmbito Comunitário, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, *relativa à proteção de pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados*.

Esta problemática afeta também a celebração de contratos de seguro de vida, enfermidades ou acidentes, a respeito da qual a falta de uma referência explícita sobre a questão na Lei de Contrato de Seguro de 1982, não se deduz nenhuma faculdade especial, por parte do segurador, frente ao assegurado, apesar da amplitude que poderia ser dada ao questionário de saúde e ao reconhecimento médico, como deveres prévios à celebração do contrato.⁹⁶ Em direito comparado, já encontramos exemplos de proibições muito estritas neste âmbito, assim como no do emprego.

Quanto a esta última questão, isto é, as análises genéticas nas relações laborais, a Lei de Prevenção de Riscos Laborais trata de certo modo dessa questão acertada e genericamente, mas, como indicaremos em momento apropriado, não fica assegurada com toda nitidez a inacessibilidade, por parte do empresário, aos dados provenientes das análises realizadas nos trabalhadores ou nos candidatos a um emprego.⁹⁷

A proteção jurídica das descobertas genéticas em relação ao ser humano e a suas aplicações para a obtenção de determinados produtos a partir daqueles, é uma matéria altamente específica, ainda que nem por isso menos importante, preocupante e atual. Basta recordar que se encontra em pleno debate na União Européia, produzindo grande conflituosidade, sobretudo no que se refere a sua orientação para o Direito de Patentes, tema a respeito do qual a Espanha não deveria adotar nenhuma iniciativa unilateral no âmbito de nossa legislação interna,⁹⁸ e sim esperar pela obtenção de um critério unitário e consensual no seio da União.

96. V. sobre esta matéria, Aurelio MENENDEZ, *EL código genético y el contrato de seguro*, in Função BBV (ed.), *El Derecho Ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. III, 1995, pp. 29 e ss.; Pedro YANES, *Seguros de personas e información genética (I) e (II)*, in "Revista de Derecho e Genoma Humano" n. 1, 1994, pp. 191 e ss., e n. 2, 1995, pp. 167 e ss.

97. Lei 31/1995, de 8 de novembro, de *prevenção de riscos laborais*.

98. Deve-se recordar da Lei 11/1986, de 20 de março, sobre *Patentes*, especialmente seu art. 5.º, sobre a não patenteabilidade de matérias biológicas animais e vegetais.

Bibliografia

Em Espanhol:

AA.VV.: "Nueva Genética, nuevo Derecho", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, monográfico, 1986. BORRILLO, Daniel: *Derecho Genética: La perspectiva Europea*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1994. BUSTOS PUECHE, José E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto (ed.): "Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review", vols. 1,2,3,4 y 5, 1994, 1995, 1996. Fundación BBV (ed.): *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Madrid, 1991. Fundación BBV (ed.): *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I y II, Bilbao, 1994; vol. III y IV, Bilbao, 1995. GAFO, Javier (ed.): "Ética y Biotecnología", Fundación Humanismo y Democracia – Fundación Konrad Adenauer, Universidad de Comillas, Madrid, 1993. GONZALEZ DE CANCINO, Emilissen: *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. GOÑI, Félix M.: "DNA y herencia: Problemas éticos y aplicaciones médico legales", *Eguzkilore*, núm. 5, 1992. HINGUERA GUIMERA, Juan F.: *El Derecho Penal y la Genética*, Ed. Trivium, Madrid, 1995. JONAS, Hans: *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995. MARTINEZ, Stella Maris: *Manipulación genética y Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994. PORRAS DEL CORRAL, Manuel: *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*, CajaSur Publicaciones, Córdoba, 1996. ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. CERA, Madrid, 1994. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.): *Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995. ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.): *Código de Leyes sobre Genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996. VILA-CORO, Ma. Dolores: *Introducción a la Biojurídica*, Serv. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

Em outros idiomas:

AA.VV.: *Le droit saisi par la Biologie. Des juristes au laboratoire* (Catherine Labrusse-Riou, dir.), L.G.D.J., Paris, 1996. AA.VV.: *Génétique, Procréation et Droit*, Arlés, Paris, 1985. AA.VV.: *Modificazioni genetechi e diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1987. AA.VV.: *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik. Strafrechtliche Schranken?* (H.-L. Günther y R. Keller, eds.), J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987. AA.VV.: *Theological developments in Bioethics: 1988-1990*, The Centre for Ethics, Medicine and Public Issues, Houston, Texas, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991. AA.VV.: *Gene Mapping. Using law and Ethics as Guides*. Oxford University Press, New York & Oxford, 1992. AA.VV.: *Vers un antidessein? Patrimoine génétique et Droits de l'humanité* (F. Gros y G. Huber, eds.), Éditions Odile Jacob, Paris, 1992. BBV Foundation (ed.): *Human Genome Project: Ethics*, Madrid, 1991. BYK, Christian: *Ethique et Droit en Amérique du Nord face au développement des Sciences Biologiques et Médicales, Rapport*

de Mission, Paris, 1986. Commission of the European Community/Centro de Direito Biomedico – Universidade de Coimbra/ Institut für Arzt und Arzneimittelrecht – Universität Göttingen (eds.): *Genome Analysis: Legal rules – practical application*, "Reports of the Workshop 11th-14th June 1992", Coimbra, 1994. Conseil de l'Europe (ed.): *Ethique et génétique humaine*, Strasbourg, 1994. Council for the Responsible Genetics: "GeneWatch", 1985-1995. FRANKEL, Mark S./TEICH, Albert H.: *Ethical and Legal Issues in pedigree research*, American Association for the Advancement of Science, Washington, 1993. FRANKEL, Mark S. & TEICH, Albert H. (eds.): "The Genetic Frontier, Ethics. Law and Policy". American Association for the Advancement of Science, Washington, D.C., 1994. KAUFMANN, Arthur: "Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik na der Schwelle zum dritten Jahrtausend", en *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 16, 1991. KEUMES, Daniel J./HOOD. Leroy: *The codes of codes: Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, Harvard University Press, Cambridge, 1992. KNOPPERS, Bartha M.: *Human Dignity and Genetic Heritage*, Canada Law Reform Commission of Canada, Ottawa, 1991. LENOIR, Noëlle: *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française, t. I – II*, La Documentation Française, Paris, 1991. MILUNSKY, Aubrey/ANNAS, George (eds.): *Genetics and the Law*, Plenum Press, New York, 1976. MILUNSKY, Aubrey/ANNAS, George (eds.): *Genetics and the Law II*, Plenum Press, New York and London, 1980. MILUNSKY, Aubrey/ANNAS, George (eds.): *Genetics and the Law III*, Plenum Press, New York and London, 1985. ROMEO CASABONA, Carlos María/HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises/SOLA RECHE, Esteban: *Medical Law, Spain*, Encyclopaedia of Laws, Kluwer Publ., Deventer, 1994. WEISE, Günther: *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, Luchterhand, Neuwied, 1994.

Obras de divulgação:

BAINS, William: *Ingeniería genética para todos*, Ed. Prado, Madrid, 1994. COHEN, Daniel: *Los genes de la esperanza. En busca del genoma humano*, Seix Barral, Barcelona, 1994. DAWKINS, Richard: *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1993. DULBECCO, R./CHIABERGE, R.: *Ingenieros de la vida*, Ed. Pirámide, Madrid, 1989. GRISOLIA, Santiago: "Proyecto Genoma Humano: concepto y estrategias", *Revista de Occidente*, n. 142, 1993. GROS, François: *La ingeniería de la vida*, Ed. Acento, Madrid, 1993. HOTTOIS, Gilbert: *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1991. JACQUARD, Albert: *Les hommes et leurs gènes*, Flammarion, Paris, 1994. RIBES, David: *Proyecto Genoma*, Ed. Espacio y Tiempo, Madrid, 1992. ROGERS, Arthur/DURAND DE BOUSINGEN, Denis: *Bioethics in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 1995. LEE, Thomas F., *The Human Genome Project*, Plenum Press, New York, 1991. WATSON, James: *La doble hélice. Un relato autobiográfico sobre el descubrimiento del ADN*, Salvat, Barcelona, 1993. SHAPIRO, R.: *La impronta humana (La carrera por desentrañar los secretos de nuestro código genético)*, Acento Editorial, Madrid, 1993. WILKIE, Tom: *El conocimiento peligroso. El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, Ed. Debate, Madrid, 1994.

A INFORMAÇÃO GENÉTICA: OBTENÇÃO, ACESSO E UTILIZAÇÃO

1. A informação genética: novo e peculiar objeto material de tutela jurídica

As investigações sobre o genoma humano têm, entre seus objetivos mediatos ou imediatos, como sabemos, o conhecimento das características do ADN humano e de seus componentes integrantes, em particular dos genes, e, em relação a estes, o de suas funções e sua concreta participação na transmissão da herança biológica. Como consequência disso, poder-se-á verificar também quais são os genes responsáveis pela aparição de determinadas enfermidades, assim como os mecanismos de sua manifestação e transmissão, e, em fases muito mais avançadas e tardias da investigação, inclusive quais influem na aparição de certas tendências, habilidades ou capacidades das pessoas.

Uma vez trasladados estes recursos a indivíduos concretos, a realização de análises genéticas em pessoas determinadas pode revelar informação muito importante de caráter pessoal e familiar, como são os dados biológicos sobre a saúde presente e futura do afetado — incluída a saúde mental —, mesmo que se limite, em algumas situações, a antecipar uma susceptibilidade ou predisposição para contrair certas enfermidades, assim como sobre a própria capacidade reprodutiva e a saúde futura da descendência; pode evidenciar relações com terceiras pessoas (assim, de paternidade, de participação no cometimento de delito), ou ainda pressupor certas capacidades intelectuais, tendências de comportamento, atitudes, etc.

Por outro lado, a informação potencial derivada das provas genéticas realizadas numa pessoa apresenta alguns traços especiais que a diferenciam de outras: sua origem e características não resultaram da vontade do indivíduo de quem se projeta; seu suporte é indestrutível, por estar presente praticamente em todas as células do organismo quando está

vivo e, inclusive, normalmente depois de morto. E, finalmente, é permanente e inalterável, ressalvadas as mutações genéticas espontâneas ou provocadas por engenharia genética ou pela ação de outros agentes exógenos (p. ex., radioativos), em todo caso, parciais e limitados.

A informação obtida ou que se poderia obter, como consequência da realização de análises genéticas nas pessoas, suscita alguns problemas relativos a essa informação, a seu acesso e à sua utilização, pois os interesses da pessoa afetada podem entrar em conflito com outros interesses individuais – incluídos os dos familiares biológicos – ou coletivos relacionados à saúde e à segurança, mas também os de outra natureza, como são os econômicos. Com efeito, o acesso a esta informação dará conhecimento de aspectos muito importantes da pessoa a que se refiram, atingindo de forma muito direta a sua esfera íntima, mas serão também de grande utilidade para proteger sua saúde e a de sua descendência. No entanto, sua difusão descontrolada representaria um grave perigo, em primeiro lugar, pelo risco de converter o ser humano em cidadão “transparente” ou de “cristal”;¹ além disso, pela susceptibilidade de propiciar discriminações de todo tipo, de caráter pessoal ou familiar, trabalhista, para pactuar seguros de vida, enfermidade ou de aposentadoria, para obter determinadas permissões ou autorizações oficiais, nas relações creditícias (obtenção de empréstimos), etc., com o risco de estigmatizar grupos de população “defeituosa” ou “não apta” para participar de determinadas relações sociais. Esta discriminação poderia inclusive dissimular tinturas raciais, já que certas enfermidades genéticas aparecem com maior incidência em alguns grupos étnicos. Diante de todo o exposto, devemos acrescentar que devido à enorme informação que se acumulará, é necessário, para que seja utilizável o seu tratamento informático, com todas as vantagens que comporta, mas que aumenta, ao mesmo tempo, a vulnerabilidade da informação assim processada, o que é uma característica comum dos dados submetidos a tratamento automatizado e suscetíveis de comunicação por procedimentos informáticos e telemáticos, ainda mais se são de caráter pessoal.²

1. A este respeito, assinala Jorge F. MALEM SEÑA, *Privacidad y mapa genético*, in “Revista de Derecho e Genoma Humano”, n. 2, 1995, p. 146, que “uma sociedade absolutamente translúcida ou transparente é uma sociedade sem esperança. Toda esperança se alimenta de uma porção de opacidade... A deliberação e a dúvida cabem somente quando sabemos que as coisas são possíveis, mas não quando são necessárias ou impossíveis. À maior transparência, menos dúvidas e menos deliberação”.

2. V. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, p. 12. e ss.; o mesmo, *El derecho a la intimidad en la sociedad actual*, in “Boletín Fundesco”, n. 128, 1992, pp. 8 e s.; o mesmo, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, in “Poder Judicial”, n. 31, 1993, pp. 163 e ss.

Por conseguinte, os problemas assinalados podem afetar tanto à liberdade das pessoas (se se realizam análises genéticas sem contar com a vontade do interessado) como à sua própria intimidade (se se tiver acesso aos resultados, ainda que de forma legítima ou com fins lícitos) ou a outros direitos fundamentais, em função dos propósitos de utilização dessa informação (se se faz dela um uso abusivo, discriminatório ou desviado dos objetivos autorizados inicialmente propostos). Isso impõe uma reflexão para cada caso e o estabelecimento das garantias adequadas para a obtenção da solução apropriada.³

O princípio de liberdade e de autonomia do interessado manifesta-se como o primeiro direito individual que deve se garantir, o que implica já na liberdade inicial de decisão daquele e seu consentimento oportuno para submeter-se às provas analíticas correspondentes e, inclusive, para ceder amostras biológicas que possibilitem sua realização. A proteção dos dados genéticos como confidenciais e o correlativo dever de segredo por parte dos profissionais e de outras pessoas (físicas, mas também jurídicas) que tenham, por qualquer motivo, acesso à informação obtida, é outra das consequências jurídicas originadas. Por tal razão, o asseguramento da confidencialidade sobre a informação, que concerne a cada pessoa, se eleva também a um primeiro plano dessa perspectiva, como meio de proteção da vida privada – na qual se destaca a intimidade – e de outros direitos e, em especial, como meio preventivo de condutas discriminatórias, que devem ser proscritas de modo absoluto também neste âmbito, especialmente propício para isso.

No plano internacional, já se detectou este último perigo, o que deu lugar a posições firmes a respeito:

O *Convênio para a proteção dos direitos humanos e a dignidade do ser humano em relação às aplicações da Biologia e da Medicina: Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina*, do Conselho da Europa, proíbe de forma expressa “toda forma de discriminação de uma pessoa em razão de seu patrimônio genético” (art. 11). Por sua vez, a *Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos*, da UNESCO, proclama que “cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, quaisquer que sejam suas características genéticas” (art. 2.º); e mais especificamente: “Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características genéticas cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade (art. 6.º).

3. V. Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, *Genética humana y derecho a la vida privada*, in “Genética humana y derecho a la intimidad”, Caderno do Núcleo de Estudos Interdisciplinares em Saúde e Direitos Humanos, Universidade Autônoma do México, México, 1995, p. 23.

Em resumo, estas inquietudes concretizam-se⁴ em decidir quem, sob quais circunstâncias e com quais objetivos pré-fixados poderá realizar exames genéticos e obter amostras biológicas de sua realização; quem terá acesso à informação resultante das análises das amostras biológicas ou a quem poderá comunicar-se e qual utilização lhe poderá ser dada; quais medidas de proteção da informação e, quando necessário, das amostras biológicas, deverão ser adotadas.

2. Proteção da intimidade e dos dados genéticos

A preocupação com a proteção jurídica da intimidade tem aumentado substancialmente nos últimos decênios, em face da verificação da multiplicação e potencialidade dos procedimentos suscetíveis de vulnerá-la, como são os meios técnicos de captação e transmissão da imagem e do som, assim como os de acumulação e processamento da informação em geral e dos dados de caráter pessoal. Devido talvez ao fato de que a intensificação desse fenômeno seja relativamente recente, não se sentiu até o presente uma especial necessidade de delimitar o conceito do objeto de tutela, com o fim de estabelecer os procedimentos de proteção mais adequados.

Por outro lado, as concepções e relações sociais atuais foram reduzindo paulatinamente o espaço da esfera íntima: as exigências derivadas de um maior intervencionismo estatal juntamente com a satisfatória realização das liberdades públicas, próprias de um Estado social e democrático de direito, puseram em primeiro plano – freqüentemente em detrimento do direito à intimidade – a legitimidade da captação cada vez maior, por parte dos poderes públicos, de informação sobre aspectos mais ou menos íntimos ou reservados dos cidadãos com o fim de poder realizar suas funções e prestar seus serviços de forma mais eficaz (p. ex., no âmbito genético, os dados relativos à saúde reprodutiva ou as tendências criminais ou agressivas de origem hereditária dos delinquentes), igualmente como o direito à informação e à liberdade de expressão.

Por outro lado, no setor privado, percebeu-se também que a posse de informação ou a possibilidade de seu acesso constitui um instrumento imprescindível para a realização, com êxito, de certas atividades, mesmo que com isso se afete a esfera privada da pessoa (p. ex., dispor de informação baseada em análises genéticas sobre a saúde futura dos candidatos a um emprego, por parte dos empresários ou dos possíveis clientes, por parte das empresas seguradoras).⁵

4. Neste sentido, The Privacy Commissioner of Canada, *Genetic Testing and Privacy*, Ottawa, 1992, p. 28, em sua primeira recomendação.

5. ROMEO CASABONA, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, cit., pp. 164 e ss.

Diante desta realidade, a delimitação do que constitui a intimidade se converte numa necessidade de primeiro plano. Portanto, sua concepção patrimonialista ou autonomista (o famoso direito "de estar só", da concepção decimonônica norte-americana) teve de dar espaço à sua explícita inscrição como direito inseparável da personalidade, inclusive reforçado como direito humano (assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 art. 12) ou direito fundamental (p. ex., a Constituição espanhola de 1978, art. 18), mas que transcende inclusive o exercício de outros direitos públicos ou privados. Esta perspectiva evolutiva foi acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão, ao formular a idéia da autodeterminação informativa, quando se refere à "faculdade do indivíduo, derivada da idéia de autodeterminação, de decidir basicamente por si próprio quando e dentro de quais limites deve revelar situações referentes à própria vida".⁶ A esta característica deve ser acrescida a de sua relatividade contextual e caráter difuso, seu dinamismo e potencialidade expansiva, assim como o fato de ser, em certas ocasiões, compartilhada, pois o acesso de terceiros à esfera íntima não faz perder necessariamente esta natureza, em particular quando o interessado se viu forçado a compartilhá-la.⁷

Em resumo, podemos entender, por intimidade, as manifestações da personalidade individual (ou familiar) cujo conhecimento ou desenvolvimento ficam reservados a seu titular ou sobre as quais exerce alguma forma de controle quando terceiros são implicados (considero terceiros tanto os particulares, quanto os poderes públicos).⁸ Consequentemente, o direito à intimidade pressupõe também o reconhecimento dessa reserva ou desse controle sobre terceiros, sendo necessário que se ressalte que incluímos não somente o conhecimento, mas também o desenvolvimento em si mesmo, o qual amplia seu âmbito e, por isso, pode ser objeto de debate, que aqui colocamos de esguelha. É evidente que quando o interessado não dispõe de nenhum mecanismo legítimo de controle sobre terceiros, a manifestação da personalidade afetada saiu de sua esfera íntima, e, nesse caso, sua proteção só é possível na medida em que se afete à própria imagem ou à honra, que se encontram muito estritamente vinculadas àquela esfera, reconhecendo-se inclusive que possuem uma zona em comum.⁹

6. Sentença de 15 de dezembro de 1983 (BVerGE, t. 65 pp. 1 e ss.)

7. ROMEO CASABONA, ult. lug. cit.

8. Que não é fácil balizar o conceito material de intimidade, enquanto bem jurídico, expõem claramente Aurora GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal e en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pp. 17 e ss.; Pilar GOMEZ PAVON, *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid 1989, pp. 29 e ss.; Fermín MORALES PRATS, *La tutela penal en la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pp. 118 e ss.

9. V. MORALES PRATS, *La tutela penal en la intimidad: privacy e informática*, cit., pp. 136 e ss.; Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La*

É necessário distinguir da intimidade a chamada privacidade, conceito recentemente introduzido na legislação espanhola,¹⁰ quando se expressa que “a privacidade constitui um conjunto mais amplo, mais global [que a intimidade], de facetas de sua personalidade que consideradas isoladamente, podem carecer de significado intrínseco, mas que, enlaçadas coerentemente entre si, revelam um retrato da personalidade do indivíduo que este tem direito de manter reservado”. Não podemos entrar agora numa análise crítica deste conceito,¹¹ mas convém assinalar que a concepção que se aponta é tão somente uma das facetas que podem ser vulneradas pela utilização abusiva de dados pessoais, arquivados informaticamente ou não, assim como podem ser atacados também outros interesses pessoais do indivíduo, além da intimidade ou da privacidade assim entendida (que, na realidade, são aspectos do direito à vida privada), como é o exercício de determinados direitos fundamentais e liberdades públicas, sem necessidade de socorrer-se de um entrecruzamento de dados.¹²

Do exposto, ou seja, da importância que a informação genética individual tem para o interessado e de que a sua proteção pode ser exercitada e obtida através da intimidade, deduz-se a necessidade de fixar o marco geral no qual a referida proteção pode ser direcionada.

2.1. A proteção das manifestações da intimidade

Este primeiro perfil que assinalamos sobre a intimidade encontra três suportes principais de proteção, com instrumentos jurídicos diversos

protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español, in “Estudios de Jurisprudencia”, n. 3, 1992, p. 15.

10. Em concreto, na Exposição de Motivos da Lei Orgânica 5/1992, de 29 de outubro, de regulação do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal (LORTAD). Esta foi argüida, por suposta inconstitucionalidade, de algum de seus preceitos, ante o Tribunal Constitucional.

11. Termo que rechaça por considerar estranho e desnecessário para a linguagem espanhola, Rafael de MENDIZABAL ALLENDE, *Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 2, 1995, p. 26.

12. Por tal motivo, posso já adiantar que entendo que não se pode identificar, como bem jurídico básico protegido pela LORTAD, essa privacidade “reinterpretada” como equivalente ao direito à autodeterminação informativa ou liberdade informática, segundo pretende, com louvável critério pragmático, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español* cit., p. 18. No entanto, em minha opinião, a liberdade informática abrange mais do que essa descrição da privacidade que oferece o legislador na Exposición de Motivos, aspectos que, não obstante, LUCAS também integra corretamente na referida liberdade ou autodeterminação.

em sua natureza e alcance. Deve – se observar, no entanto, que, dado o caráter inevitável da relatividade do objeto de proteção a que nos referimos e, até certo ponto, seu caráter difuso, a proteção concretiza-se em certas manifestações da personalidade, as mais significativas, e que, por vezes – em concreto, com relação à proteção de dados – vai além da intimidade, para balizar bens jurídicos de próxima, mas de diferente textura. Recordemo-nos brevemente quais são essas facetas:¹³

a) A proteção da intimidade em sua manifestação, como reduto da personalidade, refere-se à esfera da intimidade que fica direta e exclusivamente reservada ao próprio interessado (ou a sua família), quem tem, em suas mãos, a decisão sobre a magnitude do âmbito protegido, dentro de certos limites. A proteção desta projeção da intimidade pode ser obtida através da proteção de certas manifestações do segredo e da própria intimidade, tanto na esfera civil¹⁴ como na penal.¹⁵

b) Proteção da intimidade em sua manifestação de confidencialidade compartilhada, em cujo âmbito se encontram aqueles aspectos da intimidade que, por prescrição da lei ou pela própria natureza das relações interindividuais ou sociais, facultam o acesso a terceiros, mas que estão obrigados, por lei, a manter sua confidencialidade. Disso origina-se o dever do segredo profissional ou o funcional dos funcionários públicos, cujo cumprimento o interessado pode exigir e, inclusive, invocar as responsabilidades pertinentes. A infração do dever de segredo profissional aparece com caráter geral tanto no âmbito civil,¹⁶ como o penal.¹⁷

13. V. amplamente sobre o que segue, ROMEO CASABONA, *Tendencias actuales...*, cit., pp. 165 e ss.

14. Lei Orgânica 1/1982 de 5 de maio, sobre proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, cujos arts. 7 e 8 assinalam, respectivamente, quais são essas intromissões ilegítimas e quais não o são; lei que caracteriza estes direitos (portanto, também o direito à intimidade pessoal e familiar) como irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis (art. 1.3). V. Jaime VIDAL MARTINEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, *passim*.

15. Poder-se-iam destacar alguns delitos relativos ao descobrimento e revelação de segredos, quando o fato consiste no apoderamento de papéis ou cartas de outro ou na interceptação de meios de transmissão de comunicações, seja por particulares, por autoridades ou funcionários públicos (arts. 197 e 198 de CP. espanhol de 1995). Todos eles têm em comum a proteção do espaço físico ou continente do desfrute da intimidade.

16. Na citada Lei Orgânica de 1982 (art. 7.4). Também, de forma setorial, em al Na citada Lei Orgânica de 1982 (art. 7.4). Também, de forma setorial, em algumas leis ou disposições sobre matérias administrativa, p. ex., a Lei 12/1989, de 9 de maio, da “Función Estadística Pública”, art. 50.2.a, que contempla como infração muito grave: o não cumprimento do dever de segredo estatístico.

17. V. art. 199 (sobre o segredo profissional ou laboral, que se incluem como delitos, pela primeira vez, de forma geral) e 407 a 409 (autoridades ou funcionários públicos) do CP.

c) Finalmente, estaria a proteção da intimidade, em relação ao processamento de dados, através das novas tecnologias da informação e comunicação, que menciono à parte.¹⁸ por suas especiais implicações. Nestes casos, o alcance da intimidade centra-se, sobretudo, ainda que não somente (pois continuam vigentes alguns dos aspectos mencionados mais acima), no fato de que o interessado deve dar informação pessoal privada ou, inclusive, reservada, que lhe concerne, mas se lhe reconhece uma certa capacidade de controle sobre a informação. A referida capacidade de controle conflui com a chamada liberdade e identidade informáticas, que se refere ao controle dos dados pessoais, por parte do interessado (sobre sua exatidão, pertinência, atualização, destino, cessão e uso, etc.), tenham ou não caráter íntimo, sendo pertinente lembrar que são dois¹⁹ interesses diferenciados de proteção – bens jurídicos – embora, em algumas ocasiões, se cruzem e confluem, em grande parte, como consequência das faculdades de controle que costumam ser reconhecidas a respeito,²⁰ posto que é certo que a honra das pessoas é apenas assim suscetível de agressão mediante o uso da informática, e já vimos que a simples referência à intimidade permitiria tampouco cobrir, de forma satisfatória, outros componentes da proteção da esfera pessoal que se concretizam na liberdade informática, salvo se se ampliasse, de forma excessiva, seu âmbito, com os riscos inerentes de uma maior imprecisão do que a que já possui, e conseqüente perda de sua capacidade efetiva, como objeto de proteção jurídica.²¹

18. V. Javier BOIX REIG, *Protección jurídico-penal de la intimidad e informática*, in Poder Judicial, no Especial IX, 1989, pp. 39 e ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La protección. de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español* cit., p. 17; Fulgencio MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pássim; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática...* cit., pp. 45 e ss. e 289 e ss.; Esteban SOLA RECHE, *La protección penal de la intimidad informática*, in “Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna”, n. 11, 1991, pp. 186 e ss.

19. V. LUCAS MURILLO DE LA CUREVA, *La protección. del os datos personales ante el uso de la informática en el derecho español* cit., pp. 17 e s.; ROMEO CASABONA, *Poder Informático. y Seguridad Jurídica* cit., p. 33; SOLA RECHE, *La protección. penal de la intimidad informática* cit., p. 196. De forma semelhante, para o Direito mexicano, Marcia MUÑOZ DE ALVA MEDRANO, *La Informática frente al derecho a la intimidad. El caso de la información genética*, in “Genética Humana y Derecho a la Intimidad” cit. p. 53.

20. A Constituição Espanhola referenda esta proteção bifronte no art. 18.4, que se remete a uma lei que limita o uso da informática “para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos”. Neste último inciso, podemos extrair esse direito fundamental à liberdade informática ou autodeterminação informativa. LUCAS, *La Protección. de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español* cit., p.17, configura-o como um novo direito fundamental deduzível do art. 18.4 da CE.

21. V. mais amplamente, neste sentido, compartilhando com argumentos que postulo, LUCAS, *La protección...* cit., pp. 14 e ss.

Como já foi indicado, tal matéria está regulamentada no Direito espanhol pela LORTAD, mas também lhe é aplicável o Convênio do Conselho da Europa de 28 de janeiro de 1981,²² sobre a proteção das pessoas, em relação ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal. Será necessário também ter presente, a partir de agora, a Diretiva da União Européia sobre a mesma matéria, aprovada em 1995, depois de um longo processo de elaboração.²³

Com efeito, no que aqui interessa, esta Diretiva proíbe “o tratamento dos dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, ... assim como o tratamento relativos à saúde ou à sexualidade” (art. 8.1). No entanto, estabelece uma exceção a esta proibição “quando o tratamento de dados seja necessário para a prevenção ou para o diagnóstico médicos, a prestação de assistência sanitária ou tratamentos médicos ou a gestão de serviços sanitários, sempre que o referido tratamento seja realizado por um profissional sanitário sujeito ao segredo profissional, seja em virtude da legislação nacional, ou das normas estabelecidas pelas autoridades nacionais competentes, ou por pessoa sujeita a uma obrigação equivalente de segredo” (art. 8.3).

Em resumo, esta Diretiva permite, de forma excepcional, o tratamento de dados relativos à saúde, por motivos médicos ou sanitários, que se indicam sempre que fique garantido o dever de segredo profissional por quem efetue o respectivo tratamento. Deve-se entender também que é necessário o consentimento do interessado (v. art. 8.2.a).

Aqui pode também caber a intervenção do Direito Penal para proteger estes diversos aspectos dos dados pessoais, mereçam ou não a qualificação de íntimos, sempre que, num segundo caso, não se supere o princípio de intervenção mínima.²⁴

A legislação não penal sobre proteção de dados pessoais deverá cumprir uma função eminentemente preventiva de abusos, em relação à utilização indevida ou inadequada daqueles, o que implica fundamentalmente a adoção de medidas sobre a obtenção, tratamento, utilização e cessação dos dados. A esse respeito, as atuais legislações sobre proteção de dados de caráter pessoal costumam ter presentes estes bens jurídicos: intimidade (intimidade informática, diríamos), liberdade e identidade

22. Publicado no Boletim Oficial do Estado de 15 de novembro de 1985.

23. V. la Diretiva 95/46/CE. do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, *relativa à proteção das pessoas físicas, no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação destes dados*, Diário Oficial de las Comunidades Europeas, no L 281, 23 de novembro de 1995.

24. Pela proteção penal dos dados reservados exclusivamente, manifestou-se o CP espanhol de 1995 (art. 197.2), além do dever do segredo profissional, já mencionado.

informáticas, além do livre e pleno exercício dos direitos das pessoas.²⁵ A primeira faceta, a proteção da intimidade em relação aos dados, sustenta-se sobretudo no reconhecimento do seu caráter reservado, o que conduz à consagração específica do dever de segredo²⁶ e ao estabelecimento de infrações relativas ao não cumprimento de tal dever. A segunda faceta, como vimos, infere-se do reconhecimento aos interessados do direito de informação e acesso aos dados e do direito de retificação e cancelamento, assim como dos princípios relativos à qualidade dos dados, à informação sobre sua colheita, ao consentimento, à segurança e à sua cessação E, finalmente, com todo esse arsenal de garantias e direitos, estabelece-se um modelo para que o tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal, quando for necessário, não menospreze o livre e pleno exercício de outros direitos cívicos ou políticos das pessoas normalmente reconhecidos pelos textos constitucionais.

É corrente a aceitação de que ingressam plenamente, no núcleo da intimidade, os dados referentes à saúde e à origem racial das pessoas, os quais, junto com outros, configuram os chamados dados sensíveis ou super-sensíveis (assim como os relativos à origem étnica, opiniões políticas, adesões sindicais, convicções religiosas ou de outra ordem, vida sexual), cuja vinculação com as análises genéticas é evidente. Sua qualificação como dados super-sensíveis acarreta o estabelecimento de garantias reforçadas de proteção,²⁷ como é vedar o acesso à informação e seu tratamento em arquivos automatizados se não intervém o consentimento do interessado, ou limitar – geralmente com reserva de lei – tal acesso e sua utilização.²⁸

25. A LORTAD propõe-se este último objetivo mais amplo, marcado pela Constituição de 1978: “A presente Lei Orgânica, desenvolvendo o previsto no § 4.º do art. 18 da Constituição, tem por objetivo limitar o uso da informática e outras técnicas e meios de tratamento automatizados dos dados de caráter pessoal para garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar das pessoas físicas e o pleno exercício de seu direito” (art. 1.º). Veja-se também os preceitos que regulam os “princípios da proteção dos dados” (Título II, arts. 4 a 11) como dos “direitos das pessoas” (Título III, arts. 12 a 17).

26. V. ao respeito os arts. 10 e 39.2 da LORTAD e as infrações do art. 43.3.g e 4.g.

27. O CP espanhol de 1995 estabeleceu um tipo agravado quando se tratar de dados pessoais que revelem a ideologia, religião, crenças, saúde, origem racial ou vida sexual (art. 197.5).

28. Assim, p. ex. a LOTARD (arts. 7.3 e 8), o Convênio de 1981 (art. 6.º) e a Diretiva da União Européia, que estabelece como exceção que “o tratamento [dos dados] seja necessário para garantir o interesse vital da pessoa em questão ou de outra pessoa, caso em que tal pessoa não esteja em condições de dar um consentimento” (art. 8.2.c), além da já mencionada do art. 8.3.

2.2. *Projeção do modelo normativo geral sobre a proteção da intimidade e dos dados pessoais à proteção específica da intimidade e dos dados genéticos*

Os critérios gerais evocados até aqui sobre proteção da intimidade ou da informação e dos dados de caráter pessoal em geral, sejam reservados ou não, configuram o marco jurídico no qual se deveria situar a proteção específica da informação e intimidade genéticas individuais, tendo-se presente que podem ser implicados outros direitos fundamentais e liberdades públicas, além da intimidade. Não obstante, os traços mais peculiares que apresentam os dados genéticos individuais comportam, ao mesmo tempo, necessidades próprias de proteção a respeito das quais é necessário comprovar se os instrumentos jurídicos referidos podem ocasionar soluções satisfatórias.

Tem adquirido maior força a corrente de pensamento segundo a qual cabe a cada pessoa decidir a quem se revela, quando e com que extensão, motivo pelo qual deve ficar proibida a transmissão a terceiros da informação obtida através da análise genética, sem o expresse consentimento do interessado²⁹ ou de seus representantes legais, quando se tratar, neste último caso, de um menor ou incapacitado legal. A transcendência da informação atinge também o não nascido, por ser ele mesmo portador de sua exclusiva informação a partir do momento mesmo da concepção, seja essa natural ou assistida; problemática por isso nova, mas que exige igualmente instrumentos jurídicos de proteção, de alcance similar aos estabelecidos para os já nascidos, devendo ser exercidos por seus futuros pais legais (por conseguinte, do mesmo modo se o concebido procede de gametas de doadores), em termos semelhantes, aos direitos e deveres derivados do pátrio poder em relação ao menor a ele submetido.³⁰

A proteção dos dados genéticos frente a terceiros deve ser mantida mesmo quando esse terceiro é um familiar biológico do afetado que solicita a informação, como referência da possível presença, no que requer a informação, de um gene patológico com as mesmas características que o descoberto no familiar, herdado igualmente dos pais;³¹

29. V. Carlos RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 106, que defende o direito absoluto do indivíduo ao controle sobre a própria informação genética.

30. Disso se ocupa Alberto PACHECO ESCOBEDO, *Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos*, in "Genética humana y derecho a la intimidad", cit., pp. 92 e ss., que entende que as técnicas de reprodução assistida são um exemplo indiscutível da vulneração que representam para a intimidade do futuro filho.

31. V. sobre estes problemas de um ponto de vista ético e jurídico, The Danish Council of Ethics, *Protection of Sensitive Personal Information. with Special*

ou quando o médico considera necessário que os familiares conheçam essa informação pela possibilidade de lhes afetar também os resultados fornecidos pela análise realizada.³² No entanto, é freqüente que o interessado permita a transmissão dessa informação a seus familiares ou que tome espontaneamente a iniciativa.³³ Isso não é obstáculo para que, no processo de conselho genético, se insista em relação ao interessado a respeito da importância que se reveste para terceiros – os familiares – o rompimento, de forma limitada, do dever de segredo ou que seja ele mesmo quem transmita a informação.³⁴

A trasladação do direito à autodeterminação informativa – formulada, em 1983, pelo Tribunal Constitucional alemão, em relação aos dados registrados em bases de dados – no âmbito dos dados genéticos de caráter individual, não está isenta de inconveniências pois, como assinalamos anteriormente, quando aparece confrontada com outros interesses gerais ou particulares de terceiros, não é tão fácil manter-se sem fissuras.³⁵ A este respeito, merece atenção a observação de que o titular da informação genética não é, do ponto de vista biológico, o indivíduo, mas sim toda a família biológica a que pertence, embora não exista coincidência a partir de uma perspectiva jurídica.³⁶ Outra questão diversa é a dos deveres – jurídicos – que pesam sobre os familiares de comunicarem a informação que lhes afeta.³⁷

A inegável importância de contar com um instrumental jurídico adequado levou o Conselho da Europa a preparar uma nova Recomendação sobre a Proteção de Dados Médicos³⁸ na qual foram inseridas

Reference to Genetic Data, in “Ethics, Mapping of the Human Genome. Fifth Annual Report”, Copenhagen, 1993, pp. 5 e ss.

32. Insiste na necessidade de manter a confidencialidade também neste casos, o Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology of the European Commission, *Opinion on the ethical aspects of prenatal diagnosis*, n. 6, 20 de fevereiro de 1996 (2.8).

33. Carlos de SOLA, *Privacidad y datos genéticos, Situaciones de conflicto (I)*, in “Revista de Derecho y G. H.”, n. 1, 1994, p. 186.

34. Deste parecer, George J. ANNAS/ Leonard H. GLANTZ/ Patricia A. ROCHE, *The Genetic Privacy Act and Commentary*, Health Law Department, Boston University School of Public Health, 1995, p. 163. Recentemente, também, Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology of the European Commission, *Opinion on the ethical aspects of prenatal diagnosis*, cit (2.8).

35. No sentido do texto, tanto sobre a trasladação do conceito como sobre a necessidade de adaptações, Spiros SIMITHS, *Allgemeine Aspekte des Schutzes genetischer Daten*, in “Genanalyse und Persönlichkeitsschutz”, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1994, pp. 186 e s.

36. V. de SOLA, *Privacidad y datos genéticos... Situaciones de conflicto...* cit., pp. 186 e s.

37. Assim, argumenta de SOLA, *loc. cit.*, pp. 187 e s.

38. Que ocorrerá a Recomendação n. R (81) do Comitê de Ministros, de 23 de janeiro de 1981, *relativa à regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados*.

regras específicas sobre os dados genéticos relacionados à saúde. A Declaração Universal da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos proclama por sua vez a proteção da confidencialidade em relação aos dados genéticos.³⁹ Por conseguinte, não deve ser menosprezada a necessidade de uma normação – ou de complementação da existente – que regule alguns aspectos específicos relativos à proteção da informação genética individual.

Em direito comparado encontramos soluções essencialmente firmes na proteção dos dados genéticos, reconhecendo-se a primazia da vontade do interessado. É o caso da Constituição da Confederação Helvética, desde sua reforma de 1992 (art. 24),⁴⁰ da Lei austríaca de Técnicas Genéticas de 1994 (art. 71).⁴¹

39. Art. 7.º: “Dever-se-á proteger, nas condições estipuladas por lei, a confidencialidade dos dados genéticos relacionados a uma pessoa identificável, conservados ou tratados com fins de investigação ou de qualquer outra finalidade”.

40. Segundo o art. 24: “O material genético de uma pessoa não poderá ser analisado, registrado ou revelado sem seu consentimento prévio, salvo quando expressamente o autorize ou imponha a lei”.

41. Art. 71: “(1) Quem realize análises genéticas ou indique sua realização deverá manter em segredo os dados obtidos no sentido desta Lei Federal, respeitando as seguintes normas: 1. No caso de que a pessoa submetida à análise o solicite, deverá ser-lhe facilitado o acesso a todos os dados a ela relativos. 2. Dever-se-ão comunicar à pessoa submetida à análise os resultados inesperados que sejam de relevância clínica imediata ou pelos quais tenha perguntado expressamente. Especialmente naqueles casos em que a pessoa submetida à análise não tiver formulado pergunta específica, a comunicação deve ser realizada de tal modo que não intranquileze à pessoa submetida à análise; em casos extremos, poder-se-á omitir por completo esta comunicação. 3. Os dados não anonimizados somente poderão ser utilizados para finalidade diversa da que motivou originalmente sua obtenção com o consentimento expresso e, por escrito, da pessoa submetida à análise. 4. Os dados somente poderão ser transmitidos a) a pessoas que estejam dedicadas de modo direto à obtenção, tratamento ou valoração dos dados dentro do centro em que foram obtidos, b) à pessoa submetida à análise, c) às pessoas enunciadas no § 65, apartados 3 e 4, d) Ao médico, por indicação de quem se tenha realizado a análise genética, e ao médico, que dirige o tratamento ou que formula o diagnóstico, e) a outras pessoas somente na medida em que a pessoa submetida à análise tenha outorgado seu consentimento expresso e, por escrito, podendo ser revogado esse consentimento por escrito. 5. Os dados deverão ser protegido de modo adequado para evitar que pessoas não autorizadas tenham acesso a eles. 6. Os dados que não tenham sido anonimizados só poderão ser objeto de tratamento com apoio automatizado no centro em que tenham sido obtidos, e somente no âmbito do médico para a indicação de quem tenha sido realizada a análise genética; Deverão ser armazenados separadamente de outras classes de dados e somente poderão ser recuperados por parte das pessoas autorizadas a isso conforme a presente Lei Federal, e somente mediante uma específica modalidade de acesso. 7. As obrigações estabelecidas nos ns. 3 a 6 regerão também para as

Recordemos que, no que se refere ao Direito espanhol,⁴² a LORTAD prevê medidas reforçadas de proteção dos dados que se referem à saúde das pessoas e estabelece as condições para seu tratamento pelos profissionais e pelos centros públicos e privados desta natureza, que se limitam, em resumo, a uma remissão à legislação sanitária que regula o acesso à informação e à confidencialidade (art. 7.3 e 8),⁴³ o que se revelará claramente, a curto prazo, insuficiente, dadas as características dessa informação e das pessoas que podem ter a ela acesso. Uma dessas leis às quais se remete – desnecessariamente – é a *Lei Geral de Sanidade* espanhola de 25 de abril de 1986, que reconhece a confidencialidade como direito dos pacientes e usuários dos serviços de saúde (arts. 10.3 e 61), norma que é aplicável também nestes casos.

Por outro lado, juntamente ao direito à informação ou ao direito de saber, que abrange também a informação genética concernente ao indivíduo, costuma-se mencionar o surgimento de seu oposto, ou seja, de um direito “de não saber”,⁴⁴ no sentido de que, não se submetendo às provas genéticas, o interessado evita saber se realmente é portador de uma enfermidade genética ou se pode vir dela padecer no futuro.

pessoas que intervenham na realização de análises genéticas ou na administração ou armazenamento dos dados obtidos naquela ocasião. (2) Na medida em que a presente Lei Federal não disponha de modo diverso, mantém sua vigência a Lei de Proteção de Dados, BGBl. n. 565/1978, assim como outros preceitos que estabeleçam deveres especiais de sigilo ou de comunicação”.

42. Sobre o Direito mexicano V. MARTINEZ BULLÉ GOYRI, *Genética humana. y derecho a la vida* cit., pp. 24 e ss., onde ressalta o escasso manto tutelar que oferece aquele para o direito à vida privada em relação às necessidades atuais, tanto a partir do marco constitucional, quanto nos âmbitos penal e civil; MUÑOZ DE ALVA MEDRANO, *La informática. frente al derecho a la intimidad. El caso de la información genética*. cit., pp. 49 e ss.

43. V. mais detidamente Manuel HEREDERO HIGUERAS, *La protección de los datos de salud informatizados en la Ley orgánica 5/1992*, de 29 de outubro, in “Derecho y Salud”, vol. 2, n. 1, 1994, pp. 180 e ss.

44. Trata-se de um direito estabelecido, sobretudo, em relação à informação genética, embora se manifeste, de forma semelhante, noutros âmbitos da saúde com similar carga de conflitividade. V. Stefano RODOTA, *Le droit face aux dilemmes moraux de la vie et de la mort*, in “XXth Colloquy on European Law”, Glasgow, 1990, Council of Europe, Strasbourg, 1992, 24 e ss.; Roscam ABBING, *La información genética e los derechos de terceros. Cómo encontrar un adecuado equilibrio ?* in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 2, 1995., p. 39; Ann CAVOUKIAN, *La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”*, no mesmo lugar, pp. 62 e ss.; Carlos Maria ROMEO CASABONA, *Questions de droits de l’homme dans la recherche en génétique médicale*, in “Ethique et génétique humaine”, 2e Symposium du Conseil de l’Europe sur la bioéthique, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1994, p. 186; de SOLA, *Privacidad. y datos genéticos. Situaciones de conflicto.* cit., pp. 185 e ss.

Esta atitude pode ser tachada de não solidária se com ela se impede o progresso da ciência ou o conhecimento da situação dos familiares ou descendentes futuros e, portanto, se pode chegar à defesa de sua neutralização mediante a reação coercitiva juridicamente institucionalizada. Não obstante, é necessário ter presente que quem pretende invocar esse chamado “direito de não saber” (“direito” provavelmente desconhecido para ele), parte de um pressuposto, que consiste em que “já sabe”. Essa vontade manifestada de não submeter-se às provas, significa que o interessado já sabe que pertence a um grupo de risco de enfermidades genéticas, ou, pelo menos, sabe da existência de antecedentes semelhantes em alguns membros de sua família; e sabe também que para essa possível enfermidade genética não há, conforme o estado atual da ciência, meios adequados para preveni-la, tratá-la, reduzi-la ou mitigá-la. É então que opta por não saber mais (isto é, se é portador do gene deletério e se vai padecer da enfermidade), sobretudo se a enfermidade é grave ou mortal e de aparição tardia, para evitar que o referido conhecimento altere seu desenvolvimento vital e social a partir desse momento frente uma predição sobre cuja materialização futura nada podem fazer para obstá-la, nem ele, nem a ciência. Mesmo que esse processo reflexivo individual não tivesse chegado a consubstanciar-se, a comprovação objetiva de inexistência, no referido momento, de conhecimentos e técnicas científicas para preveni-la ou atenuá-la conduz também à conclusão de que não se permita, em regra, a realização de provas diagnósticas nessas circunstâncias.⁴⁵

Por conseguinte, o direito à proteção da vida privada, sem intromissões externas, ressurgue nesses momentos como garantidor da decisão individual tomada, partindo-se do entendimento de que esse direito a não saber não é realidade senão uma manifestação do direito à intimidade ou do respeito à vida privada.⁴⁶

Como é sabido, o direito à vida privada e familiar encontra-se expressamente reconhecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelo Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 (art. 8. 1.). Por sua vez, o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, de 4 de abril de 1997, destaca também a importância que apresenta este direito no âmbito das ciências biomédicas (art. 10).⁴⁷ Não

45. Neste sentido, ABBING, *La información genética y los derechos de terceros Como encontrar un adecuado equilibrio?*.. cit., p. 38, com bibliografia concordante na nota 2.

46. Em semelhantes termos, MARTÍNEZ BULLE GOYRE, *Genética humana y derecho a la vida privada*, cit., p. 35.

47. Art. 10.: “(Intimidade e direito à informação). 1. Todos têm direito ao respeito de sua vida privada no âmbito da sua saúde. 2. Toda pessoa tem direito

obstante, o Convênio de 1950 estabelece uma limitação quando a ingerência “esteja prevista pela lei e constitua uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária para a (...) *proteção da saúde* e da moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades dos demais” (art. 8.2).⁴⁸ Esta limitação poderia ter relevância para a reflexão que estamos propondo, mas deverá passar, de qualquer maneira, pelo filtro de estabelecer em quais casos concretos se concretiza sua necessidade numa “sociedade democrática”, e do mesmo modo que seriam admissíveis certas ingerências na vida privada alheia para prevenir os riscos de uma enfermidade contagiosa (o Convênio de 1950 admite neste caso inclusive a privação da liberdade em forma de internação, art. 5.1.e), poderia ser discutível essa ingerência quando não há ainda destinatários concretos da proteção da saúde ou dos direitos e liberdades de outros (p. ex., o caso de um *concepturus*, ou seja, de um ser ainda não engendrado).

A vulneração deste direito deve ser traduzida no âmbito penal como lesão de liberdade individual (se se atenta contra a vontade da pessoa para a obtenção das amostras) ou como lesão de algum outro bem jurídico penalmente protegido originado de algum direito fundamental (p. ex., a intimidade ou, em sentido mais amplo, a vida privada), e deve ser comprovado, além disso, se o meio utilizado para perpetrar a lesão se adequa (penso que excepcionalmente) aos tipos penais correspondentes, e, no cível, à produção de danos ou prejuízos indenizáveis.

Uma vez assentados os direitos da pessoa sobre sua própria informação genética, sua possível proteção penal em atenção aos bens jurídicos que encarnem e sua prevalência inicial frente aos interesses de terceiros, é possível, não obstante, prestar atenção a estes últimos quando afetam de forma grave sua vida ou sua saúde, sem necessidade de uma regulamentação específica, recorrendo-se aos critérios de colisão de deveres⁴⁹ ou do estado de necessidade, técnicas conhecidas no âmbito penal pela maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o espanhol. Para a solução correta do problema é necessário ponderar todos os interesses presentes no conflito e não somente os bens jurídicos

de conhecer qualquer informação recolhida sobre sua saúde. Se, no entanto, não ser informada, deverá ser respeitada sua vontade. 3. Excepcionalmente, a lei nacional poderá prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos enunciados no item 2”.

48. Uma limitação geral muito similar está prevista no Projeto de Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina em seu art. 2.2.

49. Neste sentido, ABBING, *La información genética e los derechos de terceros. Cómo encontrar un adecuado equilibrio ?*, cit., pp. 41 e ss. MALEM SEÑA, *Privacidad y mapa genético*, cit., pp. 144 e s. (como colisão de princípios). O Nuffield Council on Bioethics, *Genetic Screening. Ethical Issues*, 1993, pp. 48 e ss., admite, em alguns casos, a exceção ao dever da confidencialidade.

implicados.⁵⁰ Para a entrada em cena da primeira alternativa – a colisão de deveres – é necessário que fique determinada previamente a obrigação de informação para com o terceiro (incluído o familiar) alheio à pessoa analisada por parte de quem tenha realizado ou proposto tal análise (p. ex., o médico em relação ao seu paciente), dever que, em regra, não pode ser sustentado juridicamente.⁵¹ No entanto, na resolução dos termos da ponderação, pode-se aceitar o princípio de liberdade e de autonomia como precedente *prima facie*, o que configura a carga probatória, em seu favor, em todos os casos em que tal conflito se apresente.⁵²

2.3. Alguns critérios reguladores

Sem pretensões de exaurimento, poderiam ser propostos os seguintes critérios sobre a proteção da informação genética em geral, sem entrar, nesta altura, em alguns aspectos específicos relativos à saúde e às relações trabalhistas ou outras:

1.^a) Deve-se garantir o consentimento livre e informado do interessado para qualquer análise genética, salvo se, por razões de urgência em favor do próprio interessado, não se possa esperar para obtê-lo. Por conseguinte, dever-se-á estabelecer a proibição de sua imposição, de forma obrigatória ou coercitiva, em benefício de quaisquer interesses públicos ou privados. São admissíveis exceções no que se refere à obrigatoriedade de submissão à obtenção de amostras para efeito de conseguir-se pistas genéticos, nos termos que indicamos mais adiante.

2.^a) A informação prévia ao interessado, no sentido da concessão de seu consentimento para submeter-se a qualquer análise genética, terá de ser completa, em particular, sobre sua natureza e os resultados – previstos ou não – que possam ser dela obtidos. Do mesmo modo deve ser garantido o respeito à negativa do interessado no sentido de conhecer informação sobre seus próprios dados genéticos (direito “de não saber”).

3.^a) É admissível recorrer às análises genéticas quando já tenham sido impostas por lei outras provas diagnósticas de saúde, na medida que aquelas resultem mais confiáveis para o objetivo legalmente estabelecido e não provoquem nenhuma outro tipo de informação, em particular, de natureza preditiva. A lei pode estabelecer exceções, mas

50. V., mais extensamente, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, II, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 19 e ss. e 47 e ss.

51. ANNAS/GLANTZ/ROCHE, *The Genetic Privacy Act and Commentary*, cit., p. 163.

52. Assim se pronuncia MALEM SEÑA, *Privacidad y mapa genético*, cit., p. 145.

somente se houver comprovados interesses de caráter geral – p. ex., relevantes razões de saúde ou de segurança públicas – ou de terceiros claramente preponderantes.

4.^a) Deve ser garantido o segredo sobre os resultados das análises genéticas e estabelecer-se restrições ao seu acesso, inclusive em relação aos familiares das pessoas analisadas, sem prejuízo das soluções que dê o ordenamento jurídico no caso em que se apresente um conflito de interesses e seja enquadrável numa colisão de deveres. A proteção à informação genética deve ser realizada com princípios orientadores e com medidas similares, porém reforçadas, pelas previstas para os dados de caráter pessoal automatizados (qualidade dos dados: pertinência, exatidão, finalidade, cancelamento, direito de acesso e de retificação por parte do interessado, etc.; segurança física e lógica, desagregação dos dados com o fim de permitir seu acesso parcial e seletivo, etc.), tenham sido obtidos tanto por imposição da lei – por estar assim estabelecido – como com o consentimento do interessado; e o dever de segredo correspondente deve atingir todas as pessoas que tenham acesso, por seu trabalho, a tal informação.

5.^a) A informação obtida deverá ser usada unicamente para o fim ou os fins que a originaram. Por tal motivo, devem ser previstas medidas específicas mais restritivas em relação à transferência de dados genéticos a outros arquivos e com o fluxo transnacional destes dados, pois as leis atualmente vigentes a respeito do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal não costumam dar uma proteção suficiente.

6.^a) Os resultados das análises genéticas praticadas no âmbito da saúde não devem dar lugar a práticas discriminatórias, nem a intromissões na vida privada que condicione, de algum modo, em particular, o acesso às prestações sanitárias ou sociais correspondentes, nem a restrições reprodutivas (p. ex., aborto, esterilização), ressalvadas as condições que se estabeleçam legalmente para o acesso às técnicas de reprodução assistida.

3. A utilização de análises genéticas em relações trabalhistas

Já repetimos, em várias ocasiões, que as investigações que estão sendo realizadas sobre o genoma humano contribuirão para um salto de incalculável benefício para o tratamento de numerosas enfermidades vinculadas aos genes que ainda hoje – muitas delas – são praticamente desconhecidas. Outro avanço, de particular importância, reside no fato de que será possível predizer com suficiente antecipação se uma pessoa contrairá determinada enfermidade ou se apresenta, ao menos, uma predisposição genética para sofrê-la, em função da influência de agentes exógenos em sua manifestação (enfermidades poligênicas e multifato-

riais); e quando as investigações se encontrarem mais adiantadas, poder-se-ão adotar medidas de engenharia genética (isto é, intervir nos genes defeituosos) ou recorrer a outros procedimentos com o fim de evitar que referida enfermidade se manifeste ou, se isso não fôr possível, reduzir seus efeitos mais perniciosos. É o que se tem denominado de Medicina preditivo-preventiva. No entanto, esta informação, que poderá ser obtida de cada pessoa, pode também ser utilizada para outros fins não tão desejáveis, quando não discutíveis, na medida que sejam fonte de discriminação para a pessoa de quem provém a informação. No âmbito trabalhista, tem-se, concretamente, discutido que as empresas poderiam estar interessadas em submeter seu empregados ou candidatos a postos de trabalho a estas análises genéticas, de modo que, se os resultados se mostrassem positivos (ou seja, revelassem o padecimento futuro de uma enfermidade ou apenas predisposição a ela) decidiriam excluí-los de determinados postos trabalhistas ou, inclusive, rechaçariam sua contratação – já que são livres para fazê-lo sem alegar motivo algum –, apesar de não serem inaptos no momento da solicitação do lugar de trabalho, por não apresentarem sintomatologia de nenhuma enfermidade, e, em alguns casos, apesar de não existir vinculação entre o surgimento futuro da enfermidade e a atividade ou ambiente trabalhista, o que, na realidade, não deixaria de ser uma prática discriminatória.⁵³

Para proceder a uma valoração jurídica dessa natureza é necessário levar em consideração vários aspectos prévios

3.1. *Objetivos das provas e sua validade*

Deveríamos lidar com várias hipóteses que pudessem explicar os objetivos pretendidos com a realização destas provas, embora algumas possam inclusive parecer inverossímeis.

53. Numerosos autores fizeram eco destas potencialidades discriminatórias das análises genéticas: Ursula AMMON, *Pruebas genéticas en el mundo laboral. Contribución al debate sobre la necesidad de regulación en la República Federal Alemana*, in Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. IV, Bilbao, 1995, p. 323; Giuseppe CATALANO, *Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico*, no mesmo lugar, pp. 329 e ss.; MALEM SEÑA, *Privacidad y mapa genético*, cit., p. 143; Marvin R. NATOWICZ/ Jane K. ALPER/ Joseph S. ALPER, *Genetic Discrimination and the Law*, in "American Journal of Human Genetics", n. 50, 1992, pp. 465 e ss.; A. J. M. SILVAK, *Should atopic employees from specific occupations ?*, in "Occupation Medicine", n. 43, 1993, pp. 51 e s.; Sominique SPRUMONT/ Olivier GUILLOD, *Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. IV, cit., p. 348; Kathleen ZEITZ, *Employer Genetic Testing: A Legitimate Screening Device ou Another Method of Discrimination?* in "Labor Law Journal", 1991, pp. 230 e ss.

Em primeiro lugar, o objetivo perseguido pelo empregador poderia consistir em realizar as análises genéticas com um duplo fim, acumulado ou alternativo: proceder a uma seleção negativa com o propósito de não contratar os candidatos nos quais fosse diagnosticada qualquer anomalia de segura manifestação posterior (enfermidades monogênicas de transmissão hereditária mendeliana) ou de simples predisposição de origem multifatorial (enfermidades poligênicas, como p. ex., as do aparelho cardio-respiratório, o câncer) com fatores desencadeantes exógenos conhecidos, relacionados ou não com as condições de trabalho (p. ex., determinado ambiente trabalhista: emissão de radiações, liberação de gases ou sólidos tóxicos e outros fatores contaminadores do ambiente de trabalho) de cujos processos ainda muito pouco se conhece; ou, com critérios de seleção positiva, selecionar os trabalhadores mais aptos para um ambiente trabalhista determinado de acordo com suas características genéticas (maior resistência física, ao sono, a determinados agentes tóxicos, cancerígenos, etc.). Neste caso comprova-se que tais provas atenderiam aos exclusivos interesses do empregador, em detrimento dos do candidato ao posto de trabalho, e não somente porque deste modo se seleciona o candidato mais idôneo, do ponto de vista biológico, mas também porque, conforme esta forma de atuação, seria desnecessária ou tão urgente a adoção de medidas preventivas e de redução de riscos para a saúde derivados da própria atividade produtiva e do meio ambiente trabalhista.⁵⁴ No entanto, não se deve deixar de refletir sobre a exatidão da observação feita no sentido de que a maior tendência para requerer provas genéticas de aptidão, em relação a um posto de trabalho, está vinculada aos sistemas de segurança social que estão, de algum modo, a cargo do empregador, de seguradoras ou de entidades intermediárias privadas (assim acontece nos E.U.), e que tal tendência decresce naqueles sistemas de segurança universal (de fato e de direito) ou assumidos pelos poderes públicos por diversos procedimentos (como ocorre com os países da União Européia).

De qualquer maneira, parece mais verossímil que tais provas sejam exigíveis de forma mais limitada e seletiva, para o fim de detectar possíveis predisposições do candidato a desenvolver uma enfermidade desencadeada por fatores de risco que apresente o concreto ambiente trabalhista, vinculado com o posto de trabalho que pretenda ocupar. Mais desejável ainda seria que fossem realizadas para adotar as medidas oportunas de prevenção de riscos e acidentes trabalhistas e de proteção da saúde dos trabalhadores, em relação a um determinado ambiente laboral, que é uma das obrigações que recai sobre o empresário – assim

54. A resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989, doc. A. 2-327/88, *sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*, rechaça expressamente esta alternativa (ponto 13).

como os controles periódicos no mesmo sentido -, e reduzir, deste modo, custos à própria empresa ou à comunidade.⁵⁵

Se nos referimos às análises genéticas no âmbito trabalhista, convém ter presente que é habitual, para estes efeitos, distinguir duas classes:⁵⁶ a) o "rastreamento genético" (*genetic screening*) refere-se à identificação de indivíduos com características ou enfermidades hereditárias particulares, inclusive daqueles que apresentam uma maior susceptibilidade de serem afetados em sua saúde por fatores externos; b) a "vigilância genética" (*genetic monitoring*) diz respeito aos exames periódicos com o fim de identificar mutações, no material genético de uma pessoa, produzidos pelo ambiente, permitindo estabelecer e prevenir os danos que possam por este motivo suceder ao trabalhador, e identificar, ao mesmo tempo, os riscos de um ambiente trabalhista determinado, com o fim de eliminá-los ou reduzi-los.

Em resumo, o conhecimento dos riscos genéticos, no âmbito trabalhista, apresenta diversos pontos de interesse em função da ótica adotada:⁵⁷ a) para o próprio trabalhador, com o fim de prevenir-se, tratar-se ou mudar de emprego ou renunciar às expectativas de obter um novo, o qual é compatível com um sistema de informação e assessoramento à margem do regime trabalhista; b) para o empregador ou empresário, de forma que reduza os custos derivados de enfermidades potenciais futuras de seus trabalhadores (tanto a respeito da atividade produtiva em si mesma como das responsabilidades por acidentes produzidas por seus trabalhadores e da repercussão contributiva por baixas trabalhistas e aposentadorias antecipadas por problemas de saúde) ao excluir os que apresentam estes riscos mais elevados; c) para outros trabalhadores, se deste modo se garante sua segurança e torna-se possível prevenir acidentes que lhes possam lesionar (não o contágio de enfermidades transmissíveis, pois não é o caso), provocados pelos companheiro com predisposição; d) para terceiros relacionados à empresa (p. ex., clientes), de modo que lhes sejam evitados acidentes derivados da manifestação da enfermidade do empregado que apresenta predisposição (p. ex., condutores de meios

55. V., mais amplamente, ABBING, *La información genética. y los derechos de terceros. Como encontrar un adecuado equilibrio?*, cit., pp. 47 e s.; Carlos de SOLA, *Privacidad y datos genéticos. Situaciones del conflicto* (II), in "Revista de Derecho e Genoma Humano", n. 2, 1995, p. 157 e s.

56. De acordo com as definições que propõe a International Labour Office, *Workers' Privacy, Part. III, Testing in the Work Place*, Vol.12, 2/1993, Geneva, 1993, pp. 55 e s.

57. V. Tomás SALA FRANCO, *El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2, 1995, p. 148; de SOLA, *Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto* (II), cit., pp. 158 e ss.

de transporte de passageiros, em especial os pilotos de aeronaves, etc.); e) e, finalmente, para o Estado, com o fim de poder cumprir de modo mais eficaz suas funções de prevenção de acidentes e de proteção da saúde dos trabalhadores, mediante o estabelecimento e imposição de medidas de prevenção de riscos e de higiene no trabalho.

No entanto, a aparente bondade da realização de análises genéticas com o intuito de selecionar trabalhadores desvirtua-se, pois não é esse o momento mais adequado para o cumprimento dos diversos objetivos assinalados, salvo se o candidato já apresente nesse momento alguma causa de inaptidão. Ao contrário, pode dar espaço à utilização abusiva da informação obtida contra o candidato ao emprego, o que poderia acarretar a exclusão do acesso ao mercado de trabalho⁵⁸ a grupos populacionais, uma nova classe social de marginalizados, com a inclusão dos familiares de pessoas analisadas. Não obstante, se é possível evitar riscos a terceiros, deve ser esclarecido previamente qual o procedimento adequado para isso com o menor custo para os interesses das pessoas. É indubitado que esta enumeração dos protagonistas relacionados com informação genética, no âmbito trabalhista, revela uma pluralidade de interesses às vezes convergentes, mas, em outras ocasiões, antagônicos e, por isso, contrapostos. Por outro lado, não se deve tratar as investigações genéticas a partir de uma perspectiva maniqueísta, ou seja, absolutamente favorável por sua presumida bondade ou absolutamente contrária por seus efeitos perversos, porque apresenta também múltiplos matizes. Trata-se, por conseguinte, de conciliar os interesses contrapostos ou de, pelo menos, encontrar o equilíbrio adequado entre eles⁵⁹ que assegure a igualdade de posições e que possam ser aproveitados os aspectos benéficos das análises genéticas no mundo trabalhista, eliminando-se, ao mesmo tempo, os negativos. Esta reflexão de relativização dessas matérias deverá ter em conta que é provável que a imensa maioria dos cidadãos seja portadora de genes deletérios que poderiam expressar-se em enfermidades por mecanismos exógenos e ambientais, com o que, por fim, se acabaria por renunciar ao possível valor decisivo das análises genéticas para a seleção dos candidatos e promoção dos trabalhadores mais idôneos.

Neste contexto, apresenta-se, ao jurista, e quando for o caso, ao legislador, uma série de dúvidas ou problemas que devem ser resolvidos previamente, antes da adoção de uma decisão. Alguns destes problemas

58. De SOLA, *Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II)* cit., p. 161.

59. Em favor do equilíbrio entre as partes, Guillermo Freire FALCÃO DE OLIVEIRA, *Conocimiento genético y Derecho del Trabajador*, in Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. IV, Bilbao, 1995, p. 344.

são: a confiabilidade diagnóstica, no estado atual da ciência, das análises genéticas, em relação à predisposição ou suscetibilidade genética de que uma pessoa manifeste ou desenvolva uma enfermidade multifatorial no futuro; confiabilidade preditiva ou prognóstica, em relação a determinados fatores ambientais; capacidade de detecção precoce da sintomatologia da enfermidade correspondente, pois se acolhe como ponto de partida irrefutável dessas discussões que a manifestação das enfermidades tivesse de ser sempre de forma brusca e intensa e, por conseguinte, também sempre prejudicial para a segurança de terceiros. Em resumo, trata-se de estabelecer, da melhor forma possível, o valor preditivo que se deverá dar a estas análises em cada momento.⁶⁰ A isto é necessário que se acrescente a disponibilidade (científica e material) de meios preventivos sobre a predisposição à enfermidade concreta e a capacidade de reduzir os fatores exógenos do ambiente trabalhista que possuam uma maior potencialidade desencadeadora da enfermidade. É certo que provavelmente muitas destas dúvidas se aclarem no futuro, na medida em que avancem as investigações sobre este tipo de enfermidades, e que haja o conhecimento mais exato sobre a incidência causal dos fatores de risco, em sua aparição, em pessoas com suscetibilidade e em pessoas dela carentes.

Por outro lado, é preciso levar em conta o conceito de enfermidade no âmbito trabalhista (diferente do de outros setores do ordenamento jurídico, como o civil e o penal, que partem de qualquer modalidade de diminuição da saúde – p. ex. ser portador do HIV – ou, inclusive, do serviço sanitário na Medicina Preventiva, quando uma situação de risco exija um tratamento preventivo). Com efeito, deve-se tomar como ponto de partida uma noção funcional, entendendo-se como tal a que anule ou diminua, de forma apreciável, a capacidade para o desempenho do concreto posto de trabalho. Em consequência, a detecção de uma predisposição não poderia, neste sentido, ser qualificada ainda como enfermidade, porque: não anula ou diminui a capacidade de prestação do trabalho; não apresenta sintomatologia atual; não se sabe se chegará, no futuro, a manifestar-se; deve ser demonstrada a relação entre a predisposição e o ambiente trabalhista como fator – ou um deles – desencadeador. Tudo isso sem prejuízo de que possam ser adotadas medidas médicas preventivas e de controle para evitar ou diminuir os riscos de sua aparição (p. ex. de modo semelhante ao que sucede com as pessoas que apresentam HIV positivo), independentemente das medidas convenientes que possam ser adotadas no meio trabalhista.

60. Referem-se a isso, AMMON, *Pruebas Genéticas...* cit., p. 323; Günther WIESE, *Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales*, in Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. IV, Bilbao, 1995, p. 263 (v. também do mesmo autor, *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, Luchterhand, Neuwied, 1994, pp. 36 e ss.

3.2. *Os interesses em jogo*

A realização de análises médicas (genéticas) nos candidatos a um emprego e nos trabalhadores afeta valores de primeira grandeza, muitos dos quais encontraram acolhida nas Constituições nacionais, como direitos fundamentais, e como tais ou como direitos humanos, também em instrumentos internacionais. Assim, nesse contexto, costuma-se mencionar:⁶¹

a) O direito à integridade pessoal e à saúde, que não deve ser confundido com o direito à proteção da saúde, também abrangido, mas que pode significar uma categoria diferente do primeiro (como sucede por exemplo na Constituição espanhola: art. 15 e 43, respectivamente).

b) O direito à intimidade, cuja necessidade de proteção se incrementa tanto em razão do objeto sobre o qual se projeta a referida intimidade (a informação genética individual derivada das análises genéticas, tanto a especificamente buscada como outras resultantes das provas) como pela forma de seu registro e armazenamento (processamento automatizado de dados). Como é sabido, os dados relativos à saúde foram elevados à categoria de dados sensíveis, e inclusive hipersensíveis, devido à potencialidade de projeção da informação especialmente íntima ou reservada do interessado, o que o converte em vulnerável; pois bem essa "sensibilidade" e "vulnerabilidade" aumentam, como foi assinalado, quando se refere, de forma específica, a dados genéticos e quando, ademais, foram processados automaticamente. Dizíamos também que o direito à intimidade comporta também o direito de não saber, ou seja, o de não conhecer, por parte do interessado, os resultados das análises a que foi submetido ou, o de a eles não se submeter, de forma a evitar uma intromissão em sua esfera íntima, inclusive mediante a transmissão da informação que lhe concerne diretamente.

c) O direito ao emprego e à não discriminação em consideração a diferenças biológicas ou genéticas, garantindo, assim, a igualdade de oportunidades ao seu acesso.⁶² Neste caso, o fator discriminante seria a utilização desviada da informação genética relativa ao candidato a um posto de trabalho ou ao trabalhador com perspectivas de promoção no trabalho, porquanto tais características não o tornam incapaz para a ascensão e desempenho desse emprego. E,

61. Sobre estes e outros aspectos, v. Wiese, *Implicaciones del conocimiento...* cit., pp. 262 e ss.

62. A resolução do Parlamento Europeu de 1989 manifesta-se categoricamente sobre este princípio: "reclama a proibição por lei da seleção dos trabalhadores na base de critérios genéticos" (ponto 14).

d) O princípio de autonomia de um candidato a um emprego, isto é, de não submeter-se involuntariamente a análises irrelevantes para demonstrar, nesse momento, sua aptidão para o trabalho; e, no caso de submeter-se a elas voluntariamente, interponha previamente a informação de suas características, objetivos e importância, de modo que aquele – o princípio de autonomia – sustente juridicamente o consentimento emitido. E vinculado com este princípio e com o direito à intimidade, o direito à autodeterminação sobre a própria informação.⁶³ De outro ponto de vista, devem ser valoradas, por certo, a aptidão do trabalhador para preencher o emprego concreto, a segurança e higiene no trabalho, a prevenção de acidentes, a redução de custos deles derivados e a otimização dos processos produtivos.

3.3. Insuficiências das legislações tradicionais para proteger o trabalhador ou o candidato ao emprego. Necessidade de regulamentação específica e coordenada

Das legislações atuais em geral, não se pode deduzir a obrigatoriedade de submissão a exames genéticos. Entretanto, é necessário reconhecer a posição de desigualdade em que se encontra o demandante de emprego ou o trabalhador ante as exigências, nesse sentido, do empregador. Até o momento são ainda muito escassas as regulamentações específicas sobre a matéria nas regulamentações nacionais (Em concreto, nas européias, com exceção, no momento, da Suécia, Áustria e E.U.),⁶⁴ sem prejuízo de que contemos brevemente com um número maior pois são vários os projetos de lei que estão em curso de discussão e de aprovação parlamentar (p. ex., Dinamarca, Holanda e R.F. Alemã).⁶⁵

63. Fazem alusão a ele neste contexto, AMMON, *Pruebas genéticas en el mundo laboral*, cit., p. 326; CATALANO, *Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico*, cit., p. 335.

64. Lei sobre o meio ambiente trabalhista (*Working Environment Act*) da Suécia, de 1977, reformada em 1991. A Lei austríaca de 12 de julho de 1994, já citada, em seu art. 67, proíbe que o empregador obtenha, exija, aceite ou valore os resultados de análises genéticas de seus empregados ou candidatos a um emprego. Nos E.U. não existe regulamentação em alguns Estados da União (Arizona, Florida, Iowa, Montana, Nova York, etc.) e, recentemente, foi aprovado pelo Congresso uma Lei Federal sobre *Health Insurance Reform*, que proíbe aos seguradores de saúde de neguem a uma pessoa um seguro de saúde, por motivos de predisposição genética a qualquer doença.

65. V. the Danish Council of Ethics, *Ethics and Mapping of the Human Genome*, "Fifth Annual Report", Copenhagen, 1993, que inclui um informe sobre o Projeto de Lei do Governo. Na Alemanha, o Projeto Segurança e Proteção da Saúde no Trabalho de 3 de novembro de 1993. V. comentários sobre este último em WIESE, *Genetische Analysen und Rechtsordnung*, cit., pp. 54 e ss.

Estas primeiras iniciativas legislativas já revelam dois aspectos muito significativos: em primeiro lugar, porque é necessária alguma forma de intervenção legislativa em vista, de um lado, dos interesses em jogo e, de outro, da novidade, peculiaridade extraordinária e transcendência da matéria que impõem uma regulamentação específica. Em segundo lugar, porque podemos contar com outras experiências legislativas como modelo do que pode ser feito nos demais países do mesmo âmbito social ou, ao contrário, do que não deve ser copiado, se a experiência merece uma valoração desfavorável.

Nesta matéria, é muito importante também não se olvidar de outras iniciativas de alguns organismos supranacionais, como a Organização Internacional do Trabalho,⁶⁶ o Conselho da Europa⁶⁷ e a União Européia⁶⁸ (podem ser inclusive obrigatórias para os Estados membros dos respectivos organismos, em função da forma adotada pelo instrumento jurídico correspondente), que podem contribuir para a uniformização e homogeneidade normativa. Esta é outra observação muito significativa, em particular, no espaço da União Européia onde a liberdade de contratação ocupacional dentro de suas fronteiras pode dar lugar a que os candidatos a emprego dirijam suas ofertas de trabalho aos empregadores daqueles Estados-membros carentes de regulamentação sobre a obrigatoriedade de análises de saúde (em concreto, de provas genéticas) ou com previsões muito restritivas a respeito, enquanto a própria União Européia não estabeleça os adequados critérios jurídicos, aplicáveis a todos os Estados-membros.

3.4. Princípios reguladores

É previsível que as análises genéticas, no âmbito trabalhista, desenvolvam-se no futuro, na medida em que aumente sua capacidade

66. V. o trabalho sobre análises no âmbito laboral, incluídos os genéticos, International Labour Office, *Workers' privacy, Part III, Testing in the Work Place*, cit., pp. 54 y ss.

67. Recordem-se os arts. 12 (Análises preditivas de enfermidades genéticas) e 18 (Comunicação dos resultados) do Projeto de Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina e os Comentários aos mesmos, que fazem alusão expressa à exclusão de análises genéticas por razões de emprego, ainda que sejam aplicáveis as exceções do art. 2.2 (restrições previstas pela lei que afetem à proteção da saúde pública ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros, entre outras), às quais se remete o art. 18. V. também a Recomendação R(92) 3, *sobre a análise e "screenings" genéticos com fins de assistência sanitária* (Recommendation on genetic testing and screening for health care purposes).

68. V. Diretiva 90/679/CEE *sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos relacionados à exposição à agentes biológicos no trabalho*. E a Resolução do Parlamento Europeu, *sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*, já citada.

diagnóstica para um maior número de predisposições ao padecimento de doenças concretas, relacionadas à atividade laboral e às condições de trabalho, assim como aumentem sua confiabilidade de previsão. Por tal motivo, é imaginável uma maior pressão empresarial para impor sua efetivação. Daí porque a intervenção do legislador deve manter o equilíbrio entre os interesses das partes, estabelecendo, quando seja necessário, normas de Direito obrigatório, indisponível, o que é um recurso freqüente no Direito Trabalhista.

Vejamos a seguir alguns critérios que estão sendo pensados pelos especialistas e que poderiam ser incorporados ao Direito interno dos países europeus, assim como poderiam servir de orientação para outros. Deve-se acentuar, não obstante, que nem todas as propostas que se apresentam em seguida foram plenamente aceitas; algumas, inclusive, suscitam ainda alguma discussão.

1.º) Princípio do consentimento informado por parte do interessado.

Apesar de se tratar de um postulado fundamental plenamente consagrado nas relações atuais médico-paciente e, por isso, bem conhecidos seu significado e seu conteúdo, insiste-se em sua relevância, no âmbito das análises genéticas em geral – segundo foi exposto anteriormente –, mas também, de forma específica, no das análises vinculadas às relações trabalhistas.⁶⁹ Mas, como poderemos comprovar em seguida, este é um princípio que serve como marco geral ou ponto de partida, sem que isso signifique que legitime a realização de qualquer análise genética, o acesso aos seus resultados ou sua utilização.

2.º) Princípio de proibição geral de realização de análises genéticas ou de utilização da informação delas proveniente, como condição prévia à obtenção de um emprego.

Significa que o empregador não pode impor ou exigir estas análises por sua própria iniciativa na seleção de candidatos a um emprego.⁷⁰

69. Expressamente a favor, CATALANO, *Análisis genético. de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico* cit., p. 335; WIESE, *Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales...* cit., p. 270.

70. V. Conselho da Europa, Recomendação R(92) 3, *sobre el análisis y cribado con fines de asistencia sanitaria*.. cit., princípio 6: "Caráter não obrigatório das provas. a) as prestações de caráter sanitária, subsídios familiares, requisitos para contraimento de matrimônio e outras formalidades similares, assim como a admissão a determinadas atividades, ou o continuado exercício das mesmas, especialmente trabalhistas, não deverão depender de submissão a provas genéticas diagnósticas ou de "screening" genético. As exceções ao presente princípio deverão estar justificadas por motivos de proteção direta da pessoa interessada ou de um

Tolera que estas análises e outras provas médicas sirvam apenas aos interesses da saúde do candidato.⁷¹ A manutenção deste princípio significa que nem sequer o candidato a um emprego poderia admitir a submissão voluntária a estas provas, pois com tal atitude situar-se-ia num plano de desigualdade, em relação aos demais candidatos, que não desejassem realizá-las.⁷² Como afirmava acima, o princípio do consentimento informado mostra-se insuficiente para estes casos, pois neles a liberdade de eleição é fictícia, conforme acertadamente se observou.⁷³

De qualquer maneira, este princípio deixa aberta a questão da admissão de exceções em relação a determinadas profissões nas que o estado de saúde exige especial atenção para a segurança de terceiras pessoas.

3.º) Princípio de proibição geral semelhante ao anterior, em relação aos trabalhadores, por ocasião de sua promoção a outro emprego na mesma empresa.

O fundamento é o mesmo que no caso anterior, sem que a relação trabalhista preexistente ou a promoção a um posto mais qualificado confira especiais prerrogativas ao empresário. Do mesmo modo, fica aberta a contemplação de exceções, em razão da natureza da nova ocupação a ser desempenhada.

4.º) Princípio de aplicação das regras gerais hoje estabelecidas para reconhecimentos médicos que não consistam em provas genéticas, em relação aos candidatos e aos trabalhadores a fim de determinar a aptidão atual para desempenho de um emprego concreto.

Será lícita a realização de exames de aptidão física ou biológica geralmente admitidos na atualidade e especificados pela regulamen-

terceiro, e estar relacionadas diretamente com os requisitos concretos da atividade.
b) Somente se expressamente permitido por lei, poder-se-ão realizar provas obrigatórias para a proteção das pessoas ou da sociedade”.

71. V. ABBING, *La información genética y los derechos de tercero. Como encontrar un adecuado equilibrio?*... cit., p. 46.

72. AMMON, *Pruebas genéticas en el mundo laboral* cit., p. 326; CATALANO, *Análisis genético. de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico.* cit., p. 336; WIESE, *Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.* cit., pp. 270 e 278.

73. P. ex. a Academia de Ciências e o Colégio Nacional de Médicos da Suíça, segundo SPRUMONT/GUILLOD, *Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.* cit., p. 346.

tação correspondente. Logicamente esta limitação não impede que a inaptidão esteja baseada numa enfermidade de origem genética já manifestada e que tenha sido evidenciada, através de outras provas médicas não genéticas.

5.º) Princípio de adoção de medidas tendentes a contribuir para a proteção da saúde dos trabalhadores, em relação à sua atividade produtiva ou seu ambiente laboral.

Este princípio estaria vinculado com certas obrigações atribuídas aos empregadores:⁷⁴ obrigação de realizar, em todos os níveis, a avaliação dos riscos que afetam à segurança e à saúde dos trabalhadores; de garantir que a exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos no trabalho não comporte nenhum risco à saúde dos trabalhadores; garantir a adequada vigilância à saúde dos empregados, tendo-se em consideração os riscos dos que estão efetivamente expostos em seu trabalho, realizando-lhes, se necessário for, as pesquisas convenientes (*screening, monitoring*).⁷⁵ Por conseguinte, estariam autorizadas a adoção de medidas de prevenção para a saúde do trabalhador, em especial aos que tivesse sido diagnosticada uma predisposição a alguma doença, em relação a qual o ambiente do trabalho apresentasse um alto e comprovado risco de morbilidade; e com o fim de reduzir os efeitos genotóxicos, mutágenos e patógenos do ambiente.

A adoção dessas medidas não deveria estar vinculada, em nenhum caso, à promoção dos trabalhadores a determinados postos de trabalho.

6.º) Princípio de autorização excepcional de testes genéticos obrigatórios a respeito de predisposições a enfermidades e riscos concretos para a saúde, com o fim de prevenir riscos de prejuízos para terceiras pessoas.

Refere-se aqui, sobretudo, a certas profissões de risco (p. ex., condutores de passageiros), em relação aos clientes. Para que tal exceção (relacionada aos princípios 2.º e 3.º) entrasse em cena, seria preciso o cumprimento de algumas condições;⁷⁶

74. Em concreto, assim o faz a Diretiva 89/391/CEE, *sobre a aplicação de medidas para promover a melhora da segurança da saúde dos trabalhadores no trabalho*. V. também a Lei espanhola de *Prevenção de Riscos Laborais*, de 1995, a que farei referência mais adiante.

75. V. p. ex. a Lei do Entorno Laboral da Suécia, 1991.

76. De acordo com a proposta de CATALANO, *Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico* cit., p 337 e s.

a) O emprego enquanto tal – ou seja, sem considerar a pessoa concreta que o ocupe, deverá comportar um perigo elevado para terceiras pessoas, ainda que tal perigo seja por elas assumido. Em todo caso, a avaliação do perigo da atividade trabalhista não deve ficar à mercê da discricionariedade do empregador⁷⁷ ou da autoridade, mas sim deve ser enunciado, na lei, o quadro de atividades trabalhistas que, se considera que apresentem tais características, de acordo com critérios objetivos (sistema do *numerus clausus*).

b) Disponibilidade de um diagnóstico relativo a uma alta probabilidade de contrair uma doença profissional muito grave ao manter-se em contato com o ambiente trabalhista (casos de predisposição ou suscetibilidade) ou relativo a doenças monogênicas de aparição tardia. Deve-se a isso acrescentar que não existe outro procedimento diagnóstico não genético que apresente igual ou maior confiabilidade.

c) Que não exista uma alternativa por parte do empregador ou empresário para melhorar, de forma efetiva, as condições de segurança do ambiente laboral. E,

d) Se o interessado já é trabalhador, e em caso de que os testes dêem resultados positivos (susceptibilidade elevada e alto risco do ambiente; ou diagnóstico de uma doença monogênica); que se ofereça um emprego alternativo com condições trabalhistas semelhantes às que estava desfrutando.

Costuma-se defender o estabelecimento de sanções (administrativas e inclusive penais), para os infratores das anteriores condições.⁷⁸

A obrigatoriedade que pudesse ser estabelecida sobre estas provas não é incompatível com a necessidade indubitosa do prévio consentimento informado do interessado, com seu direito de conhecer os resultados ou de não conhecê-los, de acordo com sua decisão o respeito. Negando-se a submeter-se às análises terá de assumir as conseqüências relacionadas com a obtenção do emprego ou com a sua promoção.

7.º) Princípio de realização de testes em benefício do próprio trabalhador ou candidato.

Há duas posições substancialmente diferentes sobre a compreensão deste princípio e das conseqüências que derivam de cada uma delas. De acordo com a primeira, os testes (inclusive os genéticos) seriam obrigató-

77. De SOLA, *Privacidad. y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II)*, cit., p. 166 adverte do perigo do uso generalizado das análises por parte dos empresários.

78. Assim, CATALANO, *lug. cit.*

rios e dever-se-ia excluir, do emprego, a pessoa, sendo positivos os resultados.⁷⁹ Justifica-se tal posição partindo-se da obrigação que cabe ao Estado de proteger a saúde dos trabalhadores, inclusive contra sua própria vontade. A segunda posição entende que o trabalhador ou candidato deve ser assessorado sobre os riscos existentes, assim como sobre a possibilidade de submeter-se aos testes, e que seja o interessado quem tome livremente a decisão sobre sua realização e quem valore pessoalmente os resultados.⁸⁰

8.) *Princípio da independência na realização e acesso aos testes genéticos.*

Costuma-se considerar que não é oportuno, nestes casos, que as análises genéticas que devam ser realizadas, de forma obrigatória, corram a cargo do empresário, do médico da empresa ou da empresa de seleção de empregados.⁸¹ Para garantir sua independência, mas, sobretudo, a confidencialidade a respeito dos resultados, propugna-se que sejam realizados por equipes médicas externas, alheias à empresa, ou por um médico especialista, escolhido pelo trabalhador ou candidato ao emprego.⁸² Ao empresário ou empregador, será unicamente transmitido: 1) a aptidão ou não aptidão laboral para o desempenho do emprego de que se trata em particular, sem indicar, nesse caso, as causas concretas da inaptidão; 2) as medidas específicas de prevenção de riscos determinados que deverá adotar no ambiente laboral, além das de caráter geral que guardam pertinência.

9.) *Princípio de confidencialidade.*

Ao que já me referi anteriormente, e do agora exposto, compreende-se a importância do princípio, no âmbito laboral, como pressuposto de proteção efetiva aos trabalhadores.

Como resumo básico do espírito destes princípios, poder-se-ia afirmar que as análises genéticas (ou o acesso à informação que

79. Assim, WIESE, *Implicaciones. del conocimiento genético en las relaciones laborales*, cit., p. 277.

80. Deste parecer o "Grupo de Trabalho sobre Investigação Genética" (*Arbeitskreis Genforschung*) dos representantes sindicais alemães (segundo WIESE, *Implicaciones. del conocimiento genético en las relaciones laborales*, cit., p. 277 s.).

81. Insistem neste ponto CATALANO, *Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico*, cit., p. 337; SALA FRANCO, *El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales*, cit., p. 156.

82. Neste sentido a Resolução do Parlamento Europeu de 1989, cit. ponto 16. O médico designado não poderá emitir um certificado de beneficência, como infelizmente ocorre muitas vezes nas baixas laborais por doença.

contém) somente se justificariam em benefício do trabalhador, para a adoção de medidas de proteção à sua saúde, intervindo fundamentalmente nas condições de trabalho, tanto por parte do empresário, quanto do próprio trabalhador; assim como, mas com caráter excepcional, para prevenir riscos de acidentes de terceiras pessoas em atividades especialmente perigosas, o que não implica necessariamente a exclusão do trabalhador de seu emprego, desde o primeiro momento.

3.5. *Prevenções no Direito espanhol*

Recordemos novamente e, em primeiro lugar, que a Constituição espanhola de 1978 proclama a não discriminação por razão de nascimento, raça, sexo, religião ou opinião, estendendo-a a “qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social” (art. 14), o que permite incluir como fator de não discriminação a saúde das pessoas; reconhece também o direito à intimidade pessoal e familiar (art. 18.1). Como já foi assinalado mais acima, este princípio de não discriminação e o direito à intimidade são também reconhecidos na “Ley General de Sanidad” de 1986, dentro do catálogo de direitos dos pacientes (art. 10.1), e são aplicáveis nas administrações públicas sanitárias e nos serviços de saúde privados. No que se refere à legislação laboral,⁸³ o Estatuto dos Trabalhadores, de 1980, no art. 4.2, c) segundo parágrafo, (referente aos direitos dos trabalhadores na relações de trabalho) diz que “não poderão ser discriminados por razão de deteriorações físicas, psíquicas e sensoriais, sempre que se acharem em condições de aptidão para desempenhar o trabalho de que se trate”; e a letra e) do mesmo preceito, que reconhece o direito” ao respeito de sua intimidade e à devida consideração de sua dignidade”.⁸⁴

Portanto, as eventuais tentativas das empresas de realizar investigações genéticas, em seus empregados, estariam proibidas na medida em que pressuponham uma intromissão em sua intimidade e não tenha como objetivo o diagnóstico de doenças já presentes e inabilitantes para o emprego concreto. Inclusive no caso de ter obtido a referida informação, por qualquer procedimento, considero que o mero diagnóstico de predisposição seria contrário ao mencionado preceito na

83. V. mais amplamente, Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO, *Implicaciones del conocimiento genético...* cit., pp. 285 e ss.; SALA FRANCO, *El Proyecto. del Genoma y las relaciones laborales*, cit. pp. 151 e ss.; Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Contribución de la genética a los problemas del derecho al empleo*, cit. pp. 299 e ss.

84. Lembre-se a regulamentação sobre a proteção dos dados relativos à saúde: Ley General de Sanidad (arts. 10 e 61) e LORTAD (arts. 7.º e 8.º), fundamentalmente.

medida em que a descoberta no trabalhador não afete sua aptidão para o cumprimento de sua atividade laboral. Quando se trate de doenças hereditárias, por herança mendeliana, e que provavelmente se manifestarão inclusive sem a presença de um ambiente laboral hostil (dependendo do caráter recessivo ou dominante daquelas), não estaria justificada a realização de testes genéticos, nem a exclusão do trabalhador até que essas doenças apareçam: em relação ao primeiro, porque se não foi realizada previamente a análise adequada, não se conhece a circunstância que exija sua confirmação; e, além disso, porque se se realiza com objetivos de *screening* também não estaria justificado porque isto não permitiria a adoção de nenhuma medida restritiva para os direitos laborais do trabalhador.

Não seria incompatível, com a norma vigente, a submissão periódica a controles de saúde dos empregados em atividades de maior risco, desde que os resultados de suscetibilidade ou de predisposição, enquanto tais, não invalidem a conservação do emprego até que se manifestem os primeiros sintomas incompatíveis com a realização normal e sem riscos para a atividade laboral.

Este marco jurídico geral foi completado por uma importante novidade que se abriu a respeito desta matéria no panorama jurídico espanhol: a Lei de Prevenção de Riscos Trabalhistas,⁸⁵ mediante a qual se deu cumprimento ao mandato constitucional dirigido aos poderes públicos de velar pela segurança e higiene no trabalho (art. 40.2), desenvolvendo, através dela, uma política de promoção da saúde dos trabalhadores, mediante a prevenção dos riscos derivados de seu trabalho (art. 2.1 da Lei), colocando-se, ao mesmo tempo, em sintonia com as Diretivas correspondentes da União Européia. Na realidade, não se trata de provas que possam ser realizadas no processo de seleção de novos trabalhadores; mas, no que aqui interessa, dá-se especial atenção aos agentes físicos, químicos e biológicos suscetíveis de causar danos grave à saúde dos trabalhadores e aos requisitos das condições de trabalho, que serão objeto de avaliação e revisão periódica (arts. 5 e ss.). Reconhece-se explicitamente o direito dos trabalhadores a uma proteção eficaz quanto à segurança e saúde no trabalho e o correlativo dever do empresário (art. 14.1). Assinala a Lei também que o empresário levará em consideração as capacidades profissionais dos trabalhadores quanto à segurança e saúde no momento de encomendar-lhes as tarefas (art. 15.2) e que adotará as medidas necessárias a fim de garantir que somente os trabalhadores que tenham recebido informação suficiente e adequada possam ter acesso às zonas de alto risco (art. 15.3). Também é prevista a avaliação de riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores (art. 16.).

85. Lei 31/1995, de 08 de novembro.

Especial importância têm as previsões sobre vigilância da saúde (art. 22) e sobre a proteção dos trabalhadores especialmente sensíveis a determinados riscos (art. 25).

Quanto às primeiras, garante-se a vigilância periódica do estado de saúde dos trabalhadores em função dos riscos inerentes ao trabalho, de acordo com os seguintes critérios: 1) parte-se do consentimento do trabalhador; 2) admite-se como exceção (ou seja, será obrigatório) quando “a realização dos reconhecimentos seja imprescindível para avaliar os efeitos das condições de trabalho sobre a saúde dos trabalhadores ou para verificar se o estado de saúde do trabalhador pode constituir um perigo para ele mesmo, para os demais trabalhadores ou para as pessoas em relação com a empresa ou quando assim esteja estabelecido numa disposição legal, em relação à proteção de riscos específicos e atividades perigosas”; 3) respeitar-se-á sempre o direito à intimidade e à dignidade da pessoa do trabalhador e à confidencialidade de toda a informação relacionada a seu estado de saúde; 4) os resultados da vigilância serão comunicados aos trabalhadores afetados; 5) os dados não poderão ser utilizados com fins discriminatórios ou em prejuízo do trabalhador; 6) o acesso à informação médica de caráter pessoal será limitada ao pessoal médico e às autoridades sanitárias competentes, sem que possa ser entregue ao empresário ou a outras pessoas sem o consentimento expresso do trabalhador; 7) há uma exceção ao item anterior, e se prevê a comunicação dessa informação (das conclusões que se derivem dos reconhecimentos efetuados, em relação à aptidão do trabalhador para o desempenho do emprego ou à necessidade de introduzir ou melhorar as medidas de proteção e prevenção) ao empresário e a outras pessoas com o fim de que possam desenvolver corretamente suas funções em matéria preventiva; e, 8) direito à vigilância periódica, além da finalização da relação laboral.

Parece correta a formulação geral do preceito (note-se que há substanciais coincidências com os princípios regulativos propostos mais acima), mas o mais discutível são alguns aspectos de suas exceções: a obrigatoriedade da vigilância periódica se estado de saúde do trabalhador pode constituir um perigo para si mesmo, pois assinalamos mais acima várias posições a esse respeito, e que se propugna, neste caso, uma função de assessoramento e informação mais do que de imposição. E quanto ao acesso, por parte dos empresários, às conclusões dos reconhecimentos efetuados, embora seja com o objetivo de facilitar suas ações preventivas, não deveria ser rompido o princípio de não acesso do empresário à informação de saúde em nenhum caso.⁸⁶

86. A este respeito, o art. 23.1.d pode ser outra fonte de acesso inadequado à informação que faço referência no texto, inclusive ainda que se interprete como

Para a realização desses objetivos, é preferível a intervenção de terceiras pessoas, alheias à empresa (como se prevê, de forma voluntária, em relação à contratação de serviços alheios de prevenção), comunicando-se ao empresário apenas as medidas de proteção específicas de necessária adoção, pois somente assim será estrita a garantia de confidencialidade e de utilização não desviada dessa informação, sobretudo, nas pequenas e médias empresas (ainda que seja necessário reconhecer que seria mais grave a colocação, em prática, da solução alternativa que proponho).

No que diz respeito à proteção dos trabalhadores especialmente sensíveis a determinados riscos, a Lei assinala que "o empresário garantirá, de maneira específica, a proteção dos trabalhadores que, por sua próprias características pessoais ou estado biológico conhecido (...), sejam especialmente sensíveis aos riscos derivados do trabalho" e que "os trabalhadores não serão empregados naqueles postos de trabalho nos quais, por causa de suas características pessoais ou estado biológico conhecidos, possam, eles ou os demais trabalhadores ou outras pessoas relacionadas à empresa, colocar-se em situação de perigo ou, em geral, quando se encontrem manifestamente em estados ou situações transitórias que não correspondam às exigências psico-físicas dos respectivos empregos" (art. 25.1). Deixando de lado a clara inclusão das características genéticas, fica a dúvida do significado de expressões tão ambíguas como "características pessoais" ou "estado biológico conhecido", que poderiam dar lugar a situações de suscetibilidade ou predisposição genéticas conhecidas ou a futuras doenças monogênicas também conhecidas, sem nenhum tipo de sintomatologia, no momento de ocupar o emprego; já mencionamos que não devem dar lugar a reações de exclusão unilateral quando a enfermidade não se manifeste e esta é a interpretação da Lei que deve prevalecer, e que é reforçada pela referência inequívoca à atualidade dos "estados ou situações transitórias", em relação às exigências psico-físicas do emprego, sem prejuízo de que seria desejável substituir aquelas expressões por outras mais precisas. Ademais, dá-se prioridade à adoção de medidas de proteção e prevenção, de modo que seja possível evitar, através delas, os perigos aludidos, em seguida, como causa de não emprego.

É especialmente significativa a previsão tendente a proteger a capacidade de procriação dos trabalhadores, assim como sua futura descendência:

consequência derivada do art. 22.4 e não de ampliação do previsto neste: (o empresário deverá elaborar e conservar à disposição da autoridade trabalhista certa documentação) "prática dos controles do estado de saúde dos trabalhadores previstos no art. 22. desta Lei e conclusões obtidas dos mesmos nos termos recolhidos no último parágrafo do apartado 4 do citado artigo".

"Igualmente, o empresário deverá levar em conta nas avaliações os fatores de riscos que possam incidir na função de procriação dos trabalhadores e trabalhadoras pela exposição, em particular, a agentes físicos, químicos e biológicos que possam exercer efeitos mutagênicos ou de toxicidade para a procriação, tanto nos aspectos da fertilidade, como no desenvolvimento da descendência, com o objetivo de adotar as medidas preventivas necessárias" (art. 25.2).

Em qualquer caso, além das anteriores observações críticas e de outras que não vêm agora a propósito, esta Lei pressupõe um grande passo em matéria de prevenção de riscos trabalhistas e de proteção da saúde dos trabalhadores na legislação espanhola, sem propiciar discriminações rechaçáveis, por falta de comprovação do cumprimento efetivo de suas importantes previsões.

4. Análises genéticas e contrato de seguros

Assinalou-se que um dos paradoxos da cobertura da assistência sanitária arrima-se no fato de que o desenvolvimento de uma informação biomédica mais exata poderia desembocar numa piora de situação, ao invés de melhora.⁸⁷ É certo que as companhias de seguro perceberam muito rapidamente que a análise genética de seus futuros clientes pode ser de capital importância para a concretização dos chamados seguros de pessoas,⁸⁸ isto é, os de vida, enfermidade e acidentes,⁸⁹ e o estabelecimento, de acordo com os resultados da análise genética, de condições mais ou menos rigorosas (p. ex., na determinação dos prêmios aplicáveis ao cliente) ou, inclusive, o rechaço à celebração do contrato.

O setor de seguros é, provavelmente, o setor não diretamente comprometido com estes trabalhos que está mais interessado nas investigações sobre o genoma humano. Como se vê, contrapõem-se os legítimos interesses dessas companhias, que se regem pelo princípio do benefício econômico, com os dos clientes, que pretendem cobrir seu futuro e o de seus parentes sem ser diminuído em sua intimidade⁹⁰

87. Thomas H. MURRAY, *La información genética y seguros de asistencia sanitaria*, in Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", III, Bilbao, 1994, p. 13.

88. No Direito espanhol, entraria nesta categoria todos os riscos que possam afetar à existência, integridade corporal ou saúde do assegurado, segundo indica o art. 80 da Lei de Contrato de Seguro.

89. V. Pedro YANES, *Seguros de personas e información genética (I)*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994, pp. 195 e ss.

90. V., a respeito, e sobre a rigidez do dever de resposta que deriva do questionário que deverá cumprir o requisitante ou assegurado, devendo fazê-lo com

e sem sofrer critérios de discriminação; mas é igualmente imaginável que um particular, conhecedor de sua predisposição a uma doença grave e incurável, por lhe ter sido realizada, uma análise genética, pretenda cobrir tal eventualidade sem levá-la ao conhecimento da companhia, subscrevendo a apólice correspondente.

Por conseguinte, a previsão de prejuízo para ambas as partes exigirá provavelmente uma revisão da legislação correspondente, com o fim de conciliar os diferentes interesses e assegurar o equilíbrio necessário,⁹¹ e evitar, ao mesmo tempo, discriminações. Em qualquer caso, a não identificação de uma enfermidade atual, mas sim a predisposição de contrai-la não deveria ser um elemento suficiente para evitar as condições do contrato. De qualquer forma e em caso de dúvida, deve ser garantida a prevalência dos interesses do assegurado, seu direito, em particular, à autodeterminação informativa, tomando as medidas convenientes para impedir que se chegue a generalizar a obrigatoriedade das análises genéticas na prática de seguros.⁹²

No que se refere aos seguros de enfermidade obrigatórios, por parte dos trabalhadores, nos sistemas de saúde em que eles devem recorrer a companhias privadas, poder-se-ia pensar na contribuição do Estado naqueles casos em que o diagnóstico genético revela não já uma predisposição, senão uma segurança ou alta probabilidade de aparição da enfermidade.

Nos E.U., o Grupo de Trabalho Especial sobre Informação Genética e Seguros elaborou e publicou recomendações sobre a matéria:⁹³

1. "A informação sobre o estado de saúde passado, presente ou futuro, incluindo a informação genética, não deveria ser utilizada para denegar assistência sanitária ou serviços sanitários a ninguém.

veracidade e reservas, Aurelio MENENDEZ, *El código genético... y el contrato de seguro en "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano"* vol. III., cit., pp. 35 e ss.

91. Alexander M. CAPRON, *Seguros y genética: un analisis lleno de significado*, en "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", col III., cit., p. 27.

92. De acordo com o critério de Pedro YANES, *Seguros de personas...*, cit., p. 174 e s., que acertadamente propõe estabelecer um controle administrativo e judicial das condições gerais ou particulares dos seguros das pessoas capaz de eliminar cláusulas contrárias à autodeterminação informativa daqueles.

93. V. a parte central do Informe no *Informe del Grupo de Trabajo sobre Información Genética y Seguros de Salud*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano" n. 1, 1994, pp. 233 e ss. V. também, MURRAY, *Información genética. y seguros de asistencia sanitaria*. cit., pp. 15 e ss.

2. O sistema de assistência sanitária dos E.U. deveria garantir o acesso universal a todos e a participação de todos num programa de serviços sanitários básicos, que abarquem os serviços apropriados tanto para os sadios como para os doentes graves.

3. O programa de serviços sanitários básicos deveria equiparar os serviços genéticos aos não genéticos: e deveria abranger os conselhos, análises e tratamentos genéticos adequados dentro de um programa de assistência sanitária primário, preventivo e especializado para pessoas e famílias com transtornos genéticos ou com risco de enfermidades genéticas.

4. O custo da assistência sanitária, suportado pelos indivíduos e as famílias, pelo programa de serviços sanitários básicos, não deveria ser afetado pela informação, inclusive a genética, sobre o estado de saúde passado, presente ou futuro destes.

5. A participação e o acesso ao programa de serviços sanitários básicos não deveria depender do emprego.

6. A participação e o acesso ao programa de serviços básicos de saúde não deveriam estar condicionados à revelação, por parte de uma pessoa ou sua família, da informação, inclusive, a genética sobre seu estado de saúde passado, presente ou futuro.

7. Até que a participação num programa de serviços sanitários básicos seja universal, dever-se-iam desenvolver meios alternativos para diminuir o risco de discriminação genética. Como primeiro passo, as companhias de seguro de saúde deveriam considerar uma moratória no uso das análises genéticas para celebrar os contratos de seguros. Além disso, as seguradoras deveriam empreender um esforço educacional na indústria para melhorar a compreensão da informação genética."

Quanto às autorizações ou licenças administrativas que exigem um prévio reconhecimento médico (p. ex., carteira de motorista, licença para portar armas) não deveriam dar lugar à discriminação, nem as provas genéticas deveriam ser obrigatórias. Não obstante, se se estabelecer sua obrigatoriedade no futuro, e no caso de ser detectada uma predisposição, poder-se-ia estabelecer a obrigatoriedade da realização de testes deste tipo com uma periodicidade mais curta para comprovar a aparição ou não da doença invalidante da licença ou autorização, sem que até então pudesse nega-la ou retira-la.

5. Identificações genéticas e administração de justiça

A utilização do ADN para realizar análises, no âmbito da administração de justiça, adquiriu em pouquíssimos anos uma importância

de grande magnitude em alguns processos civis (ações de paternidade) e penais, em particular, naqueles casos de delito que possam deixar vestígios biológicos do autor em relação à vítima, ao lugar ou aos instrumentos do delito, assim como da vítima em relação ao autor ou seus pertences (delitos violentos, como o homicídio, contra a liberdade sexual das pessoas, como o estupro), mas também é um instrumento particularmente útil para a identificação de cadáveres (p. ex., nos casos de acidentes ou catástrofes naturais). Por tal motivo, foi-se incorporando firmemente, na prática forense, dando lugar inclusive a uma especialidade dentro da Medicina Forense: Genética Forense.

É certo que não constitui uma novidade o recurso às provas biológicas nestes casos (sobretudo, partindo de amostras de sangue e de alguns de seus componentes ou de suas características: grupo ABO, HLA), mas as análises de identificação pelo ADN, graças ao poliformismo do ADN não codificante, oferecem a vantagem de sua grande precisão (daí ser denominada "pista genética" ou, mais propriamente, "perfil do ADN ou genético", "*fingerprint*", "*genetische Fingerabdruck*", "*empreintes génétiques*", etc.) e, graças também a uma técnica replicante do ADN da amostra disponível – a reação em cadeia da polimerasa –, permite, ainda que esta seja mínima, que possam ser realizadas quantas análises forem necessárias, inclusive se os restos biológicos sejam muito antigos.⁹⁴

De qualquer forma, estas provas originam novos problemas ou intensificam outros já existentes. Poderíamos resumi-los nestes grupos: a) confiabilidade das análises, das técnicas utilizadas, natureza e valoração de seus resultados ou perfis de ADN; b) voluntariedade ou obrigatoriedade de submissão às provas do ADN por parte do suspeito do cometimento de um delito num processo de paternidade/maternidade; ou, dito de outra maneira, se sua prática pode chegar a vulnerar alguns direitos fundamentais da pessoa a elas submetida; e, c) oportunidade de arquivar os resultados das análises de ADN (perfis de ADN) realizados sobre os autores de qualquer delito ou, pelo menos, dos mais graves cujos autores revelem prigosidade criminal, ou se mostrem mais convenientes para a utilização das provas do ADN – inclusive, da população de forma geral –, de modo semelhante ao que sucede, em alguns países, em relação às impressões digitais, e de arquivar, também, amostras biológicas da vítima ou das obtidas no lugar do crime, assim como dos resultados das análises a estas correspondentes, ou seja, a criação de bancos de amostras biológicas e perfis de ADN com fins de criminalística.

94. V. José A. e Miguel LORENTE ACOSTA, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*. Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 3 e s.

De qualquer forma, estas análises específicas não contém – ou não devem conter – informação sobre as características biológicas das pessoas analisadas (p. ex. referentes à sua saúde), pelo que a partir deste ponto de vista não estabelecem, em princípio, problemas especiais de proteção da intimidade. No entanto, em relação a estes dados, devem ser adotadas as mesmas garantias de proteção cabíveis em relação a outros dados de carácter pessoal, como é a confidencialidade sobre estes dados, mas, principalmente, sua não utilização para fins distintos dos que foram autorizados ou para os quais se permitiu sua obtenção (p. ex., para uma hipotética averiguação de aspectos da personalidade da pessoa através de análises genéticas), nem a utilização de amostras obtidas ou das análises realizadas com finalidades médicas para as necessidades ulteriores de um processo penal ou civil.⁹⁵

Vejamos, pois, aqueles outros problemas de forma sucinta.

5.1. Confiabilidade das análises e sua valoração processual

Como é sabido, existe um ADN codificante, que é o responsável pela produção das proteínas, que dá lugar aos traços físicos dos indivíduos (o fenótipo), os quais são transmitidos pelos mecanismos da herança.⁹⁶ No entanto, apresenta escassa variabilidade de uns indivíduos a outros, salvo o HLA (antígenos leucocitários humanos).⁹⁷ Há também outro ADN que não possui esta capacidade codificante – não se expressa em proteínas através do ARN –, que é mais abundante e que, sem entrar agora em suas funções, apresenta como característica mais destacável sua grande variabilidade de umas pessoas em relação a outras ou, o que é o mesmo, seu elevado poliformismo.⁹⁸

95. V. Conselho da Europa, *Recommandation no R(92) 1, du Comité des Ministres aux États membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de Justice pénale*, pontos 3 e 7. No Direito espanhol, afeta o disposto no art. 4.2. da LORTAD de 1992: “Os dados de carácter pessoal objeto de tratamento automatizado não poderão ser usados para fins distintos daqueles para os quais os dados foram recolhidos”.

96. Veja-se sobre o particular, a breve exposição do Capítulo I, ap. 2.1. e a bibliografia ali mencionada.

97. Sobre estes aspectos, pode-se ampliar conhecimentos em Angel CARRACEDO, *La huella genética*, in Carlos M. Romeo CASABONA (ed.), “Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano”, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 295 e ss. Maria CASTELLANO ARROYO, *Pruebas genéticas de la investigación de la paternidad*, pp. 269 e ss. Em ambos os autores se baseia a exposição médico legal do texto.

98. Segundo CARRACEDO, *lug. cit.*: “Aproximadamente a metade do ADN não codificante é ADN repetitivo e, ainda que grande parte do mesmo seja

Aqui arrima-se seu grande interesse médico-forense, pois se pode chegar, por meio de diversas técnicas, que apresenta este poliformismo, a estabelecer ou descartar a identidade entre uma amostra obtida em relação a uma crime, e de, de forma similar, também a coincidência ou diferença entre o filho e o homem suspeito de ser seu pai.

Tanto na prática forense norte-americana, como na literatura alemã, foi criticada em algum momento a facilidade com que se aceitavam essas análises nos tribunais de justiça como provas irrefutáveis, quando se manifestaram sérias dúvidas sobre sua credibilidade e confiabilidade em alguns casos (pelas técnicas utilizadas, pelo estado das amostras, etc.; recorde-se o caso "Castro", nos Estados Unidos).⁹⁹ Objetou-se também que estas técnicas não eram ainda defensáveis e que era prematura a sua aplicação por causa da existência de fontes de erros não totalmente controláveis na prática forense, motivo pelo qual se fazia necessária uma maior discussão científica até que se encontrasse um nível aceitável. Além disso, em diversos processos, colocou-se claramente a importância da garantia da incolumidade da "cadeia de amostra", relacionada ao asseguramento da identidade, da adequada conservação e da custódia da amostra biológica sobre a qual são realizadas as análises de ADN, a partir de sua obtenção no lugar do delito (a vítima, o lugar de consumação dos fatos) até que se incorpore definitivamente ao processo como meio de prova (recorde-se, neste sentido, os problemas surgidos no caso "O. J. Simpson" nos E.U.).

Estas e outras críticas levaram, em outros fóros, à recomendação do credenciamento dos laboratórios que as realizam de acordo com condições e critérios que garantam seu controle.¹⁰⁰ Por tal motivo, os esforços dos geneticistas forenses e de suas associações científicas dirigiram-se, por isso, e sobretudo, à obtenção de procedimentos de trabalho uniformes e homologados, de modo a tornar possível a prática de contra-análises ou contra-perícias, por centros diferentes, para

extremamente polimórfico, por diversos motivos, o ADN utilizado com fins forenses é o ADN repetido em cadeia e, dentro dele, o ADN minissatélite e microssatélite. Os ADN minissatélites e microssatélites são repetições de fragmentos de ADN de número variável. As repetições no ADN microssatélite são de tamanho pequeno (de 2 a 5 pares de bases) motivo pelo qual costuma-se denominá-los STRs ("Short tandem repeats"). As repetições de um "locus" minissatélite têm um tamanho médio de aproximadamente 30 pares de bases".

99. No caso *State versus Castro*, Estado de N.Y. (Bronx), o Tribunal não admitiu a prova do ADN, porque o laboratório que realizou as análises não se havia ajustado às normas científicas. V. Bartha M. KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, Law Reform Commission of Canada, Ottawa, 1991, p. 37, n. 141.

100. V. Conselho de Europa *Recommendation N. R (92)1*, cit., ponto 6: "A análise do ADN é uma técnica avançada que somente deve ser realizada por laboratórios que possuam instalações e experiências apropriadas".

garantir que os laboratórios apresentem níveis de qualidade aceitáveis e para permitir que os vestígios ou as amostras sejam retirados – do lugar onde aparecem –, manipulados, conservados,¹⁰¹ e custodiados com certas cautelas e procedimentos.¹⁰²

Particularmente pormenorizadas são as previsões da Circular do Ministério do Interior do Reino Unido, 16/95, de 31 de março, sobre o Banco Nacional de Dados de ADN, em razão da Lei de Justiça Penal e Ordem Pública, modificada em 1994.¹⁰³ Com efeito, o art. 49 estabelece: “As amostras devem ser lacradas, embaladas e etiquetadas em presença do doador e devem ser enviadas à organização que leve a cabo o perfil de ADN por um dos procedimentos de entrega aprovados. Facilitar-se-ão os seguintes detalhes no ADN impresso – 1: i) o nome, data de nascimento, sexo e aparência étnica da pessoa ii) o tipo de amostra: esfregaço bucal ou pelos; a data de obtenção da amostra; iv) o nome, categoria e número do agente que colhe a amostra; v) o número de identificação da amostra; vi) o código do corpo/comissaria; vii) o número de detenção phoenix/número do informe de citação. Nos casos em que não seja possível a entrega no prazo de 48 horas, as mostras conservar-se-ão a – 20 graus C (junto com a informação identificatória necessária)”. Especialmente rigoroso é o art. 50 a respeito da aceitação das amostras, por parte do laboratório encarregado de realizar os perfis de ADN (análises de ADN), posto que devem rechaçar aquelas amostras que não cheguem em condições satisfatórias, sem a devida identificação ou cuja consistência seja motivo de dúvida.

Nestes casos, é possível afirmar que as provas do ADN possuem uma segurança muito elevada.¹⁰⁴ A Sociedade Internacional de Homogenética Forense (ISFH) tem entre seus objetivos garantir a eficiência dos laboratórios que realizem estas provas e coordenar suas técnicas, mediante a emissão de recomendações.¹⁰⁵

101. V. LORENTE ACOSTA, *El ADN. y la identificación criminal y en la paternidad biológica*, cit., pp. 138 e ss., que faz alusão à necessidade de isolamento das amostras para prevenir os riscos de contaminação química ou biológica.

102. Por sua vez, o Conselho da Europa fez eco também de algumas destas exigências em sua *Recommendation N. R(92) 1*, cit., ponto 6. Muito interessante são também suas recomendações sobre a utilização das amostras e da informação que delas se obtenha (ponto 3), assim como a proteção da referida informação (ponto 7).

103. *Home Office Circular 16/95: National DNA Database and Criminal Justice and Public Order Act*, revisada em 03 de novembro de 1994.

104. Assim afirmam Angel CARRACEDO/ Francisco BARROS, *El cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 3, 1995, p. 193.

105. V. grupo espanhol da ISHF, *Utilización de material genético en criminalística y pruebas de paternidad: aspectos éticos, técnicos y legales*, PharmaGen, Madrid, 1993, pp. 75 e ss. (citado por CARRACEDO/BARROS, ult., lug. cit.)

Dadas as especiais características que possuem as análises de identificação pelo ADN, que se apóiam em elementos biológicos, em princípio, perecíveis (sem prejuízo de que as amostras possam ser conservadas em condições de segurança para a oportuna repetição dos testes) e na realização da perícia por especialistas em seus laboratórios, é preciso distinguir com toda nitidez entre atos de investigação e atos de prova, que, apesar da proximidade, apresentam contornos bem definidos e autônomos.¹⁰⁶ A investigação é dirigida para descobrimento e a comprovação de fatos, que tanto servem à acusação como à defesa, porquanto se pretende, com a prova, formar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos sustentados pelas partes; encaminha-se à destruição da presunção de inocência. A prova substancia-se no juízo oral, de modo que se facilite o princípio do contraditório. É certo que as provas periciais do ADN, por sua própria natureza, não são de fácil reprodução, nem podem (por isso mesmo) ser praticadas no juízo oral, motivo pelo qual são tidas, por exceção – igual a outras, como as dosagens alcoólicas – como já praticadas, dando lugar à denominada prova antecipada ou preconstituída,¹⁰⁷ sem prejuízo de que os peritos compareçam no juízo oral, se necessário for¹⁰⁸ para ratificar o que foi sustentado em sua perícia, garantindo deste modo que as partes envolvidas no processo possam alegar o que convenha a seus interesses (impugnar a veracidade do informe paricial, propor uma contraprova, etc.), respeitando-se assim o princípio do contraditório.¹⁰⁹ Este critério, com certos matizes, é adotado pela jurisprudência espanhola.¹¹⁰

106. Sobre isto e o que seguir, Tomás LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, in “Derecho y Salud”, vol. 3, num. 2, 1995, pp. 201 y s.

107. Neste sentido, v. mais amplamente as sentenças do Tribunal Constitucional espanhol 217/1989, de 21 de dezembro, e 127/90, de 5 de julho; e LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal...* cit., p. 201.

108. A sentença do Supremo Tribunal (Sala 2.ª) de 4 de fevereiro de 1991, declara que não é necessário o comparecimento em todo caso para ratificação quando se tratar de provas realizadas pelo Instituto Nacional de Toxicologia, ou outros oficiais, poder-se-ia agregar – com o fim de evitar que seus especialistas estejam em contínuos deslocamentos pelo território nacional, salvo se assim o solicita a defesa.

109. Neste sentido, de acordo com o Direito espanhol, o juiz, por sua própria iniciativa ou por petição das partes, poderá fazer as perguntas ou solicitar os esclarecimentos que considere oportunos, que se incorporarão a seu relatório (art. 483 da Lei de Enjuizamento Criminal). V. Vicente GIMENO SENDRA/ Víctor MORENO CATENA/ Valentín CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 304.

110. V. sentença de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de fevereiro de 1995 (Rep. “AP”, n. 345, 1995), segundo a qual não ocorreu a ratificação dos peritos, mas se tratava de uma infração puramente formal que não invalidava seu valor de prova, já que a defesa não pretendia combater as conclusões daqueles mediante seu interrogatório, além de seu informe haver sido lido na audiência oral e de que eram identificáveis, dado seu caráter oficial.

Na tarefa de valoração desses testes, por parte dos tribunais de justiça, possui capital importância, além dos aspectos já assinalados, a realização de um cálculo de probabilidade dos resultados obtidos, em relação ao suspeito e aos grupos populacionais de seu ambiente. Por conseguinte, os resultados não devem ser aceitos de forma automática. Neste sentido, chamou-se a atenção para a circunstância de que o juiz conhece alguns aspectos do caso, desconhecidos pelo perito, que podem modificar, de forma relevante, o cálculo de probabilidades, e a valoração final do teste, que cabe, de qualquer maneira, ao juiz.¹¹¹ Para o cálculo da probabilidade da paternidade, utiliza-se uma fórmula de base estatística (o teorema de Bayes), no qual se leva em conta a frequência, na população, do alelo do filho que recebeu do pai (fórmula de Essen – Möller);¹¹² por tal motivo, é necessário realizar previamente um estudo das frequências dos marcadores em questão, assim como determinar qual é essa população de referência.¹¹³

Na prática forense espanhola, nota-se uma rápida evolução quanto à aceitabilidade das provas de ADN – não sua admissibilidade – no processo. Assim, percorremos a trilha que vai do questionamento de seu caráter ainda experimental e duvidosa confiabilidade científica,¹¹⁴ até chegar, pouco depois, à sua plena aceitação, em matéria penal¹¹⁵ ou em matéria civil, pelo próprio Tribunal Constitucional,¹¹⁶ uma vez superadas as reservas que suscitava. A este respeito, é também tranquilizador que se tenha compreendido o significado da chamada prova de “probabilidade”.

Neste sentido, o ST (sala 2.^a) apesar de haver declarado que “Turma Julgadora aceitou integralmente e sem variante alguma as conclusões dos informes parciais levados a cabo pelo Instituto Nacional de Toxicologia, segundo os quais a probabilidade de pertença do sêmem ao acusado é noriamente alta, dado que “a probabilidade de encontrar outro indivíduo

111. Insistem nisso, CARRACEDO/BARROS, *El calculo. de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad.*, cit., pp. 193 e s.

112. V. CARRACEDO/BARROS, *lug. cit.*, pp. 198 e s.

113. V. mais amplamente sobre tudo isso, CARRACEDO/BARROS, *lug. cit.*, p. 199.

114. Sentença de “la Sala Segunda (Penal) del Tribunal Supremo, de 13 de julho de 1992, que aceita a validez das perícias sobre ADN realizadas a este respeito no processo.

115. V. p. ex., s. do Supremo Tribunal, de 24 de fevereiro de 1995, já cit.

116. Sentença, em recurso de mandado de segurança, de 17 de janeiro de 1994. V. comentário da mesma por parte de Francisco LLEDO YAGÜE, *La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 enero de 1994*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 1, 1994, pp. 203 e ss.

na população que apresente o mesmo perfil de ADN (...) é de aproximadamente 0,0005%”, conclui corretamente, em seguida, que “a teoria e a prática reconhecem valor tanto às provas ‘determinantes’, ou seja, as que excluem toda dúvida possível, como as de ‘probabilidade’, pois, ainda que não tenham o mesmo caráter absoluto, mediante a adição de outras provas coadjuvantes, podem compensar seu valor probabilístico e excluir completamente as dúvidas dos juízes”.¹¹⁷

5.2. Direitos fundamentais implicados

A liberdade de decisão e outros direitos fundamentais, como a liberdade e a integridade corporal, a intimidade pessoal e direito de não declarar contra si mesmo, inclusive a presunção de inocência, podem ser afetados pelas análises de ADN para determinar a paternidade ou o cometimento de um delito num processo civil ou penal, respectivamente, na medida em que os resultados daquelas possam fornecer provas decisivas para confirmar as suspeitas ou refutá-las. Portanto, a questão é se uma pessoa pode ser submetida a estas provas para tais fins contra sua vontade e ainda qual validade processual das provas obtidas por este procedimento; do ponto de vista oposto, coloca-se a questão de quais conseqüências podem derivar do fato de a pessoa – acionada, imputada ou processada – recusar sua submissão às provas, sem justificativa conveniente.¹¹⁸

No que se refere à primeira questão apontada, gira ela em torno de ser lícito, no caso de uma *investigação criminal*, por amor ao interesse coletivo, que se submeta uma pessoa contra sua vontade a determinados provas, recorrendo-se à compulsão física se necessário for, ou se com isso já se está atentando contra seu direito fundamental à liberdade e à dignidade; se tem justificação o recurso à força ou a qualquer meio enganoso para a obtenção de provas.

Sem prejuízo das previsões legais concretas, imprescindíveis neste caso e que teremos oportunidade de examinar mais adiante, o tópico anterior confirma que a obtenção de amostras (p. ex., sangue, cabelo, saliva), tanto do imputado ou processado por um delito como do acionado num processo de paternidade, pode efetivamente estabelecer dúvidas sobre um possível atentado a diversos direitos fundamentais. Assim, o direito à liberdade física ou de movimentos (art. 17 da Constituição espanhola). A Comissão Européia de Direitos Humanos

117. Sentença de 24 de fevereiro, já cit.

118. V. Angel GIL HERNANDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, pp. 67 e ss.

proclama que a “execução forçada de um exame de sangue numa pessoa constitui uma privação de liberdade, no caso inclusive de que referida privação seja de curta duração”,¹¹⁹ o que obsta que a lei preveja certas limitações a respeito dessa liberdade, se está rodeada de certas garantias.

O direito à integridade física, tem também o carácter de fundamental em alguns sistemas jurídicos (assim é no direito espanhol, art. 15 da Constituição). Casos similares foram discutidos e resolvidos anteriormente pelos tribunais, em relação, p. ex., aos casos de detecção de álcool no sangue¹²⁰ ou explorações radiológicas (para detectar um possível tráfico de droga no interior do corpo), assim como, já de forma específica, em relação às provas biológicas, inclusive as de ADN. A esse respeito, decidiu-se que a afetação ao referido direito é inexistente ou mínima para ser suficiente para obtenção de amostras, salvo em casos concretos excepcionais nos quais a integridade física pudesse ser prejudicada. Deste ponto de vista, a Comissão Européia de Direitos Humanos assinalou que a extração de amostras de sangue não constitui uma ingerência proibida pelo art. 2.1. do Convênio Europeu de 1950, sobre a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.¹²¹ Numa linha parecida, o TC espanhol assinalou que as provas biológicas, na medida em que pressupõem a prática de uma intervenção corporal, se justificam apenas quando sejam indispensáveis para alcançar os fins constitucionalmente protegidos, como é o da investigação da paternidade e sempre que a intervenção corporal não signifique para quem tenha a obrigação de suportá-la um grave risco ou dano para sua saúde.¹²² De todos os modos, apesar dessa obrigatoriedade, não se pode chegar à sua imposição coativa se não existir uma norma no respectivo ordenamento jurídico que a autorize, e por isso a pessoa pode opor-se a essa imposição.¹²³ É aí que se teria de considerar recusável que

119. Decisão 8278/78 de 13 de outubro de 1979.

120. V. STC 4 e 7 de outubro de 1985. Não obstante, o Código Penal de 1995, considera – muito discutivelmente do ponto de vista do princípio de mínima intervenção – delito de desobediência grave não submeter-se às provas legalmente estabelecidas – entre elas, as de detecção de álcool no sangue – quando se trata da investigação de um possível delito de condução de um veículo de motor sob a influência de bebidas alcoólicas (art. 380).

121. Decisión 8278/78, cit.

122. STC de 17 de janeiro de 1994.

123. Assim, sucede no direito espanhol. Neste sentido, Francisco RIVERO HERNANDEZ, *Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, in “Poder Judicial”, n. 25, 1992, p. 63. STC de 17 de janeiro de 1994, por vulnerar o art. 10. 1 da CE (Relativo à dignidade da pessoa); SsTs de 21 de maio de 1988, 14 de julho de 1988, 28 de maio de 1990 e 14 de maio de 1991.

o órgão jurisdicional admitisse, no processo, as provas assim obtidas, porquanto comportam a violação de direitos fundamentais.

No que se refere à possível lesão ao direito à intimidade – intimidade corporal –, deve-se admiti-la, sem sombra de dúvida, quando a pessoa é submetida a provas do perfil de ADN, inclusive com maior intensidade do que os direitos anteriormente mencionados. Não obstante, este direito fundamental pode ser também restringido em certa medida quando entra em colisão com outros interesses merecedores de proteção, como ocorre com o interesse público da adequada persecução de delitos de especial gravidade.¹²⁴ Em todo caso, a decisão da autoridade judicial de concordar com a prática do teste deve ser presidida pelo princípio de proporcionalidade do sacrifício, isto é, entre a intromissão na integridade e a intimidade da pessoa e a finalidade perseguida, e esta ponderação deverá ser realizada pelo juiz e modelar-se na documentação escrita de tal acordo.¹²⁵

Discutiu-se também a implicação do direito de não declarar contra si mesmo e de não confessar-se culpado.¹²⁶ Na realidade, a pessoa examinada não é o sujeito da investigação e sim o próprio objeto, na medida em que não seja ele obrigada a externar uma declaração de vontade auto-inculpatória, para realizar um ato processual sobre sua culpabilidade, mas sim a suportar a obtenção de fontes de prova de seu corpo, que podem ser tanto incriminatórias, como exculpatórias.¹²⁷

A negativa injustificada de submeter-se à prova por parte do requerido não deve ser tomada como uma *ficta confessio* (reconhecimento implícito de culpabilidade),¹²⁸ mas esse comportamento obstrucionista

124. V. Tomás LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, in “Derecho y Salud”, vol. 3, n. 2, p. 202; José A. CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual*, in “La Ley”, vol. 3, 1994, pp. 819.

125. STC de 17 de janeiro de 1994 (f.j. 3.º).

126. V. arts. 17. 3 e 24. 2 da C. E.

127. Neste sentido (sobre o princípio de presunção de inocência), a Comissão Européia de Direitos Humanos, Decisão n. 8239/78, de 4 de dezembro. V. também CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual*, in “La Ley” cit, p. 819; Vicente GIMENO SENDRA/ VÍCTOR MORENO CATENA/ Valentín CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 310; LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal* cit., p. 202; STS (2.º) de 15 de março de 1989.

128. No entanto, a Lei n. 23.511, de 1 de junho de 1987, sobre o Banco Nacional de Dados Genéticos, da República Argentina, parece ter estabelecido o contrário quando assinala que “a negativa de submeter-se aos exames e análises necessários constituirá indício contrário à posição sustentada pelo renitente”(art. 4.º).

do trabalho da justiça pode ser considerada como indício juntamente com os demais elementos probatórios acumulados no processo.¹²⁹ Deste modo, garante-se o direito à tutela judicial efetiva, sem que seja vulnerado, por tal motivo, o direito à presunção de inocência e de não declarar contra si próprio, nem se gera indefensabilidade.¹³⁰

Em resumo, podemos concluir que este tipo de investigações deve estar regulado por lei – princípio de legalidade – e submetido a toda classe de garantias,¹³¹ entre elas a de que caiba ao juiz a iniciativa,¹³² de ver-se afetados, de forma diversa, alguns direitos fundamentais. A decisão – motivada – do juiz, no caso concreto, deve estar firmada no princípio da proporcionalidade. Em qualquer caso, considero que se deve partir do respeito à liberdade e à intimidade da pessoa, isto é, que a lei, mesmo podendo estabelecer a imposição obrigatória destas provas – assim como as corporais em geral –, deveria excluir, no entanto, os exames coercitivos, sem prejuízo dos efeitos jurídicos que se possam derivar da decisão do interessado de negar-se à sua submissão. Os sistemas jurídicos comparados oferecem, entretanto, respostas divergentes sobre a questão.

Assim, no Reino Unido, a Lei de Justiça Penal de 1994 estabelece um procedimento em que está prevista a intervenção judicial e os responsáveis pela tomada de iniciativa são os oficiais da polícia. Distingue entre amostras íntimas e não íntimas.¹³³ As primeiras podem

129. V. STC de 17 de janeiro de 1994 e STs 14 de maio de 1991, 30 de abril de 1992 e 30 de outubro de 1993.

130. Direitos fundamentais reconhecidos na CE (art. 24)

131. V. Associação Internacional de Direito Penal, em seu *XIV Congresso Internacional de Direito Penal*, em sua Resolução, conclusão n. 6.6. Lembre-se a proposição da lei apresentada pelo Grupo Popular da Câmara dos Deputados, sobre o uso e prática do teste da análise do ácido desoxirribonucleico – ADN – dentro do sistema do Direito Penal e na Investigação da paternidade, que seguia muito de perto a Recomendação R (92) 1 do Conselho da Europa. Foi rechaçada pelo Pleno da Câmara dos Deputados em 25 de abril de 1995.

132. Não obstante, em alguma regulamentação legal, este antagonismo é atribuído aos oficiais de polícia (p. ex., no Reino Unido, Lei de 1994 art. 58. V. mais abaixo). Em outras, a autorização ou ordem cabe ao Juiz (Argentina, Lei 23.511, cit., art. 4.º, Holanda, Lei 596, art. 195a, V. mais abaixo)

133. A Lei entende por “amostras íntimas”: a) Uma amostra de sangue, sêmem ou qualquer outro fluido corporal, urina ou pelo pubiano; b) Um vestígio dental; c) um esfregaço de um orifício corporal de uma pessoa, exceto da boca. São consideradas “mostras não íntimas”: a) uma amostra de cabelo (exceto pubiano); b) uma mostra retirada de uma unha ou debaixo de uma unha; c) um esfregaço de qualquer parte do corpo de uma pessoa inclusive da boca, mas de nenhum outro orifício corporal; d) saliva; e) uma pegada ou qualquer outro sinal (externo) de qualquer parte do corpo de uma pessoa exceto de uma parte da mão (art. 58).

ser obtidas de uma pessoa, que não se encontre sob detenção policial, se assim o autoriza um oficial de polícia com patente de comissário, sendo condição prévia que, no curso da investigação de um delito, tenham sido obtidas duas ou mais amostras não íntimas idôneas para realizar a análise, mas que tenham resultado insuficientes (art. 54). Quanto às não íntimas, poderão ser obtidas sem o respectivo consentimento do interessado se este houver sido condenado por uma infração penal ou, quando houver sido acusado de uma infração penal ou informado que será por ela denunciado, sempre que não lhe tenham sido tomada nenhuma daquelas amostras no curso de uma investigação policial ou tendo-o sido, não foram elas adequadas para a realização da análise (art. 55). Nesses casos de não consentimento, o interessado será previamente informado dos motivos da obtenção da amostra e disso será feita requisição escrita. No caso de não atendimento da requisição policial de apresentação para a realização das provas, o renitente poderá ser preso pelo agente sem mandado nesse sentido (art. 56).

O recente procedimento aprovado legalmente, nos Países Baixos,¹³⁴ sobre este tema, confere a iniciativa, de forma exclusiva, ao juiz instrutor, sem prejuízo do reconhecimento de certas possibilidades de ação, em relação ao suspeito de um delito, que está sendo objeto de investigação criminal. O juiz pode facultar ao suspeito que se submeta a provas sobre os perfis de ADN, mas este mesmo pode também solicitá-la (195a) e, à vista dos resultados da análise, pode requerer uma contra-análise (art. 195b. 1). Quando se tratar da instrução de delitos cuja pena seja superior a oito anos de privação da liberdade, ou de outros delitos expressamente indicados por lei, o juiz, de ofício ou, por solicitação do Ministério Público, poderá ordenar motivadamente a realização da análise do ADN do suspeito, sempre que os fatos ou circunstâncias pareçam indicar uma grave acusação para aquele e a investigação for necessária para o esclarecimento da verdade (art. 195d.1 a 3). Em todo caso, o suspeito tem previamente o direito de ser ouvido ou, se preferir, de interpor um recurso. Uma vez acordada definitivamente a medida, não poderá negar-se à extração de uma quantidade de sangue suficiente, salvo se for desaconselhável, por razões médicas especiais, podendo, para tal fim, obter-se aquela colheita de sangue com o auxílio da força pública (arts. 195d.4 e 5).

Em outros países, a questão não foi equacionada com tanta precisão. Assim, na República Federal Alemã, os tribunais chegaram a considerar conforme ao seu ordenamento jurídico, a obtenção de amostras necessárias sem o consentimento do interessado, podendo

134. Lei 596, de 8 de novembro de 1993, *de complemento do Código Penal, com disposições relativas à análise do ADN em causas penais*.

recorrer-se inclusive ao emprego de força.¹³⁵ Este critério, no entanto, não foi aceito, de forma unânime, pela doutrina.¹³⁶

Em relação ao Direito espanhol no processo penal,¹³⁷ a Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985 estabelece que “não surtirão efeito as provas obtidas direta ou indiretamente com violação dos direitos ou liberdades fundamentais” (art. 11.1). Este preceito é de capital importância, em relação à obtenção de provas biológicas conseguidas por meio da imposição coativa, se não se encontram estabelecidas pela lei, assim como quando foram obtidas amostras do interessado sem seu consentimento, mas sem o emprego de nenhum tipo de violência. Não obstante, a jurisprudência salientou que a negativa de submissão a uma intervenção corporal pode importar num delito de desobediência à autoridade ou seus agentes (art. 237 do CP derogado), sempre e quando aquela se ordene na forma adequada.¹³⁸

No que se refere à realização de testes biológicos no processo civil,¹³⁹ a própria Constituição espanhola de 1978 autoriza que a Lei

135. Com efeito, o teor do § 81 da Lei Processual Penal alemã (StPO) abriu espaço para que o Supremo Tribunal deste país (BGH: p. ex., sentenças 21 de agosto de 1990 e 3 de julho de 1990) considerasse lícitas estas provas assim como a necessária extração prévia de sangue. O referido preceito expressa: “I. Poderá ser ordenada uma exploração corporal do processado para a determinação dos fatos que sejam relevantes para o processo. Para tal fim são lícitas as extrações de sangue e outras intervenções corporais que sejam realizadas por um médico, conforme as regras da arte médica, sem o consentimento do acusado, quando não seja de temer nenhum dano para sua saúde”. V. H. JUNG, *Zum genetischen Fingerabdruck* in “Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform”, 1989, p. 103 e ss.

136. Assim, C. RADEMACHER, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1991, pp. 735, e JUNG, *Zum genetischen Fingerabdruck*, cit., 105, mostram-se críticos com o critério de BGH, e entendem que não são lícitas tais provas com o apoio único do § 81 a; Em concreto, o último autor citado considera que seria necessária uma regulamentação adicional, à vista dos numerosos problemas que estabelece a informação obtida sobre a pessoa (dados sensíveis). Ao contrário, Theodor KLEINKNECHT – Karlheinz MEYER, *Strafprozessordnung Kommentar*, 39.a ed., C.H. Beck, München, 1989, p. 275, compartilham da tese jurisprudencial por entender que a finalidade da análise genética é lícita conforme o § 81 a.

137. V. CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas de ADN...* Cit., pp. 815 e ss.; Angel GIL HERNANDEZ, *La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal*, in “Actualidad Penal”, 1996, pp. 865 e ss.; Vicente GIMENO SENDRA, *El Derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida*, in “Constitución y Proceso”, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 123 e ss.; R. KELLER, *Die Genomanalyse im Strafverfahren*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, n. 37, 1989, p. 2289; LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, cit., pp. 200 e ss.; Jaime PERIS RIERA, *La identificación genética y los derechos fundamentales*, in “Arbol”, n. 564, 1992, pp. 45 e ss.

138. STS (2.ª) 7 de junho de 1994.

139. V., mais amplamente, AA.VV., *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, in “Cuadernos de

possibilite a investigação da paternidade (art. 39.1). Esta autorização constitucional foi adotada pelo Código Civil, o qual permite que nos julgamentos sobre filiação seja investigada a paternidade e a maternidade mediante todos os recursos, mesmo o dos testes biológicos (art. 127.1). Desta maneira, inclui-se, no leque de possibilidades investigatórias, o recurso a testes genéticos, ainda que não se lhes reconheça valor de certeza absoluta. No entanto, a investigação da paternidade apresenta certas limitações derivadas das presunções de paternidade que assinala o próprio Código Civil. A este respeito, deve ser lembrado que a Lei Orgânica do Poder Judiciário ressalta que “em todo tipo de procedimento serão respeitadas as regras da boa fé”, além da referência, já feita, aos efeitos das provas obtidas com a violação dos direitos fundamentais (art. 11.1).

5.3. Arquivos de análises genéticas e de amostras biológicas

Uma das questões mais polêmicas que está em curso, em relação às provas de ADN a serviço da Administração da Justiça no âmbito penal, diz respeito à criação de bancos de dados com a informação resultante das análises realizadas, assim como de amostras biológicas sobre as quais devem ser praticada, num determinado momento, as referidas análises. Neste caso, poder-se-ia funcionar de forma semelhante a dos atuais arquivos de impressões digitais. Em alguns países, tal prática está sendo imposta e, inclusive, foi estabelecida por via normativa.¹⁴⁰

Deve ser rechaçada a criação de bancos de dados genéticos ou de amostras de material genético com o fim de lutar contra a criminalidade, sempre que não haja norma (em nível de lei) que os ampare. Por outro lado, sua constituição para a população em geral ou para grupos dela (p. ex. só para homens) vulneraria provavelmente alguns direitos fundamentais e liberdades públicas e seria fonte de

Derecho Judicial”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; M.^a Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *El papel jurídico en las pruebas biológicas e la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I) e (II)*, in “Revista de Derecho y Genoma Humano”, ns. 2 e 3, 1995, pp. 71 e ss.; LLEDÓ YAGÜE, *La paternidad. forzada...*, cit., pp. 203 e ss.; RIVERO HERNANDEZ, *Las pruebas...* Cit., pp. 49 e ss. A partir de outra problemática, Ma Corona QUESADA GONZALEZ, *El derecho (constitucional?) a conocer el propio origen biológico*, in “Anuario de Derecho Civil”, 1994, pp. 237 e ss.

140. P. Ex., o Reino Unido, na *Criminal Justice and Public Order Act*, desenvolvida também neste ponto pela *Home Office Circular 16/95*, ambas já citadas. V. também AA. VV.: *Banco genético y el derecho a la identidad. Ley 23.511 sobre a criação do Banco Nacional de Dados Genéticos*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1988, pássim.

abusos, pela dificuldade que acarretaria o controle sobre o conteúdo desse tipo de informação arquivada (pertinência, exatidão, etc.).¹⁴¹ Poder-se-iam criar bancos de amostras de material biológico ou de seus vestígios e, de dados genéticos, provenientes das vítimas e dos presumíveis autores de delitos não identificados.

A criação de bancos de dados genéticos de condenados por delitos dolosos graves violentos (contra as pessoas e a liberdade sexual) com fins exclusivos de identificação, em relação a possíveis delitos futuros, é discutível, mesmo que estivessem regulados por lei, e, seria necessário previamente levar em consideração:¹⁴² que não deve provocar a vulneração de direitos fundamentais das pessoas cujos dados são arquivados; o estado atual da ciência sobre a questão; as exigências jurídicas sobre a proteção dos dados; que estes não sejam utilizados com outros fins diversos dos que motivaram inicialmente a realização dos testes de ADN (como a investigação da personalidade das pessoas), embora sua utilização, a partir de seu arquivamento em bancos de dados, tenha sido concebida para permitir a realização de investigações relacionadas a outros delitos já cometidos, mas ainda não solucionados ou para futuras investigações sobre delitos cometidos posteriormente; que seja mantido o arquivo por tempo preestabelecido e, uma vez transcorrido, seja destruído, devendo sê-lo de forma imediata – no caso de terem sido registrados em tal arquivo – os dados relativos às pessoas que tenham sido objeto de uma investigação criminal e que tenha ficado

141. V. MALEM SENA, *Privacidad...*, cit., pp. 139 e s.

142. A Recomendação N. R (92) 1, do Conselho da Europa, já cit., recomenda a este respeito o estabelecimento das seguintes garantias: "As amostras e outros tecidos corporais tomados de pessoas para análises de ADN não deveriam ser guardadas, uma vez dada a decisão definitiva no processo para que tenham sido utilizados, a menos que isso seja necessário com fins diretamente relacionados àqueles para os quais foram colhidos. Deverão ser tomadas medidas que garantam os resultados da análise de ADN e a informação dela derivada quando a pessoa interessada tenha sido condenada por delito grave contra a vida, a integridade ou a segurança das pessoas. Nos referidos casos, o Direito nacional deverá definir estritos períodos de armazenamento. As amostras e outros tecidos corporais e a informação delas derivada, poderão ser armazenados durante largos períodos de tempo: quando a pessoa interessada o solicite; ou quando a amostra não possa ser atribuída a uma pessoa; por exemplo, quando se encontre no lugar do delito. Quando seja afetada a segurança do Estado, o Direito nacional do Estado membro poderá permitir a conservação das amostras, os resultados da análise de ADN e a informação dela derivada, mesmo que a pessoa interessada não tenha sido processada ou condenada por uma infração penal. Nos referidos casos, o Direito nacional deverá definir estritos períodos de armazenamento. Será regulado por lei o estabelecimento e utilização de qualquer arquivo de ADN com fins de investigação e julgamento por infrações penais" (princípio 8.º).

demonstrada sua não participação nos fatos delitivos, seja no curso da investigação policial, seja no da instrução sumária pelo juiz, e, obviamente, sempre que se interponha sentença definitiva absolutória; a coordenação, com as práticas a respeito, de outros Estados de nosso entorno. Por certo, esta matéria deverá ser regulada também, por lei, para que se considerem superadas as anteriores observações.¹⁴³

No Reino Unido, a Circular do Ministério do Interior de 1995¹⁴⁴ sinaliza que a unidade de dados de ADN será única e central e compreenderá informação de indivíduos suspeitos, advertidos ou condenados por um delito (ponto 21). A própria circular calcula que a unidade de dados chegará a incluir uns cinco milhões de registros. Tem como finalidade exclusiva servir de informação, mas não para fins acusatórios (comprovar a relação do suspeito com algum delito não resolvido a respeito do qual exista algum registro na base de dados, art. 24.). Além disso estabelece procedimentos pormenorizados sobre o funcionamento do registro, que se submete expressamente às previsões da Lei de Proteção de Dados de 1984 (ponto 60).

Na Holanda, a criação de um registro central sobre perfis de ADN, em relação a causas penais, está amparado por lei, ainda que esta preveja seu desenvolvimento por via regulamentar.¹⁴⁵ O Decreto¹⁴⁶ estabelece o registro central destinado a futuras análises de ADN, para a determinação da identidade das pessoas falecidas, assim como daquelas pessoas que não tinham condições de fornecer informação sobre sua identidade (art. 9.º). A este registro, estende-se, de forma expressa, a condição de registro de dados pessoais de acordo com a Lei de dados de caráter pessoal. A destruição dos dados relativos a um suspeito injustificado será imediata (art. 10); em outros casos, o prazo é fixado em dezoito (amostras contendo material celular não coletado do suspeito) ou trinta anos (material celular coletado do suspeito) (art. 11).

A criação do Banco Nacional de Dados Genéticos da Argentina¹⁴⁷ persegue objetivos diversos, pois pretende facilitar a determinação e esclarecimento de conflitos relativos à filiação (art. 1.º) e, embora pareça

143. 143 V. sobre o particular, CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas de ADN como metodo de identificacion de autor de delitos contra la libertad sexual.* cit., p. 824.

144. *Home Office Circular 16/95: National DNA Database*, já cit.

145. V. Lei 596, art. 195.a 5 e 6, respectivamente.

146. Decreto 522, de 4 de julho de 1994, *que comprende reglas mais precisas quanto ao exercicio dos arts. 151 a, 195 a, 195 b e 195 do Código de Enjuiciamiento Penal (Decreto relativo a la investigación del ADN)*.

147. Lei 23.511 e Decreto 700/89 (B. O. de 4 de julho de 1989) de desenvolvimento.

querer contribuir ao louvável esclarecimento dos casos de crianças desaparecidas ou supostamente nascidas em cativeiro, durante o período da ditadura militar, (art. 3.^o), estende-se também a processos civis normais de filiação (art. 4.^o), o que seria excessivo. Dada a data de sua promulgação (e por isso, pode ser considerada como lei pioneira), não contempla a obtenção e utilização de perfis de ADN (art. 6.^o).

Na Espanha, não existe uma regulamentação específica que autorize a criação de uma unidade de dados de perfis de ADN. A Lei Orgânica 5/1992, de 29 de outubro, de normatização do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal, prevê a criação de unidades de dados com fins de investigação policial. No entanto, esta Lei não atende, de nenhuma maneira, às exigências mínimas que requeririam um registro de tais características.¹⁴⁸ Em primeiro lugar, porque estabelece uma especial proteção aos dados relativos à origem racial, à saúde e à vida sexual, entre outros (art. 7.^o), de forma que estes somente poderão ser tratados, se assim o estabelecer uma lei, por razões de interesse geral ou se o interessado dê seu consentimento expresso. Por outro lado, apesar da certeza de que os membros dos corpos e forças de segurança possam coletar e tratar dados de caráter pessoal com fins de investigação policial, sempre que seja necessário para fins de uma investigação concreta, uma vez concluída esta – no que tange ao ocorrido se dá uma ampla faculdade de interpretação aos funcionários policiais – tais dados devem ser suprimidos (art. 20).¹⁴⁹ Por conseguinte, ambas as previsões legais constituem um impedimento intransponível para a criação de um registro de perfis de ADN.

6. Comportamento criminal e herança genética

6.1. A eterna discussão sobre as bases da imputabilidade subjetiva no Direito Penal

A moderna história do Direito Penal teve, na fundamentação da pena, um de seus pontos centrais de discussão, isto é, determinar o

148. Em sentido semelhante, CHOCLAN MONTALVO, *Las técnicas*, cit, pp. 824 e s.

149. Segundo o art. 20: “3. A coleta e tratamento (por parte das Forças de Segurança) dos dados a que fazem referência os apartados 2 e 3 do artigo 7, poderão realizar-se exclusivamente nos casos em que seja absolutamente necessário para os fins de uma investigação concreta. 4. Os dados pessoais registrados com fins policiais serão cancelados quando não sejam necessários para as averiguações que motivaram seu armazenamento. Para estes efeitos considerar-se-á especialmente a idade do afetado e o caráter dos dados armazenados, a necessidade de manter os dados até a conclusão de uma investigação ou procedimento concreto, a decisão judicial definitiva, em especial a de absolvição, o indulto, a reabilitação e a prescrição de responsabilidade”.

que justificaria sua imposição, além da comprovação da realização de uma ação proibida pela lei penal. Tradicionalmente, fundamenta-se na existência de culpabilidade, que se configura com um elemento essencial do conceito do delito junto à tipicidade e à antijuricidade. A existência de culpabilidade significa, em sua concepção mais ampla e até agora menos comprometida, que essa ação pode ser imputada subjetivamente ao autor, pela reprovação que lhe efetua o ordenamento jurídico, em razão de sua atuação ilícita, na situação concreta em que agiu; a ação típica e antijurídica é o objeto desse julgamento pessoal de reprovação (conceito formal de culpabilidade).¹⁵⁰

No entanto, o entendimento da culpabilidade do sujeito como fundamento e limite da pena (princípio de culpabilidade) exigiu precisar o conceito material em que se sustenta aquela, ou seja, decidir qual é a razão pela qual se desaprova no indivíduo a realização de uma ação típica e antijurídica.¹⁵¹ Esta questão e a própria concepção e natureza da pena têm sido objeto de viva discussão, há mais de cem anos, e pode-se afirmar ainda nos dias de hoje que este debate não se esgotou. A eterna discussão sobre o livre arbítrio constituiu, em grande medida, o pano de fundo do debate, sobretudo, em suas origens, para o qual contribuíram algumas teorias biológicas sobre a delinquência. Em consequência, as hipóteses geneticistas sobre o comportamento humano constituiriam mais um degrau, particularmente importante, mas não novo, na discussão sobre o fundamento da imposição da pena no livre arbítrio ou não. Com efeito, se a culpabilidade é entendida como pressuposto – fundamento – da imposição da pena, e comporta um juízo de reprovação do autor do delito por haver atuado de uma determinada maneira (isto é, contra o ordenamento jurídico), significa reconhecer que o autor poderia ter atuado de um modo diverso na situação concreta (isto é, conforme às exigências do direito) e que foi livre, por conseguinte, para tomar a decisão de atuar de um ou outro modo. Em resumo, um Direito Penal, baseado em semelhante concepção material da culpabilidade, tomou tradicionalmente como pressuposto o livre arbítrio do ser humano em geral, seu indeterminismo causal na realização de seus atos racionais, ou, pelo menos, de acordo com posições mais modernas, um determinismo relativo e limitado (por exemplo, Welzel proporia que o homem

150. Critério dominante na Ciência do Direito Penal espanhol e alemão. V. neste sentido, respectivamente, p. ex., José CERESO MIR, *Culpabilidad y pena*, in "Problemas fundamentales del Derecho Penal", Tecnos, Madrid, 1982, p. 179; o mesmo, *El delito como acción culpable*, in "Dogmática de La Laguna (em impressão), onde expõe que o Código penal espanhol é também um elemento essencial; Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1994, p. 705.

151. CERESO MIR. *El delito como acción culpable*, cit.

está determinado ao verdadeiro e ao que tem sentido ou valor). Como veremos mais adiante, este pressuposto teve que ser matizado, afastado de algum modo por alguns, ou se chegou, inclusive, a prescindir da culpabilidade como fundamento – e limite – da pena.

6.2 *Investigações genéticas: retorno às teorias biológicas sobre a criminalidade?*

Como adiantava acima, a premissa do livre arbítrio, intocável aparentemente, foi discutida pelos penalistas, partindo da influência dos conhecimentos antropológicos relativos ao ser humano a partir de meados do séc. XIX.

Assim, o primeiro passo foi dado por Lombroso com sua famosa teoria do delinquente nato (sem prejuízo de que distinguisse até seis grupos de delinquentes). Lombroso, tendo por apoio um método científico – o método empírico –, buscou encontrar características anatômicas, fisiológicas e psicológicas em alguns delinquentes,¹⁵² o que o levou à conclusão de que o delinquente assim caracterizado estava determinado a delinquir, motivo pelo que não seria cabível nele apreciar uma responsabilidade moral.¹⁵³ Embora sua teoria do delinquente nato tenha sido logo desmentida e abandonada, teve a importância de permitir, pela primeira vez, o questionamento do indeterminismo absoluto (o livre arbítrio) e da culpabilidade como fundamento do Direito Penal, partindo-se de apreciações biológicas (então, principalmente, fenotípicas), discussão que se manteve até nossos dias, se bem que a partir de outras reflexões. Em segundo lugar, nem ele, nem todos os seus seguidores da chamada Escola Positiva, foram levados a defender a desaparecimento do Direito Penal, mas sim a rechaçar a afirmação de que a pena encontrasse suas bases na culpabilidade e que a pena pudesse exercer seus efeitos preventivo-intimidatórios e reabilitadores sobre o delinquente; a responsabilidade não seria moral, senão legal ou social; se o delinquente está determinado a delinquir,

152. Segundo Lombroso, o delinquente nato estaria marcado por alguns estigmas transmitidos por via hereditária e tratar-se-ia de um ser atávico, filogeneticamente regressivo, caracterizado por uma epilepsia latente, e idêntico ao louco moral. V. Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 109 e s.

153. Cesare LOMBROSO, *L'Uomo delinquente*, 1.ª ed., Milano, 1876. V. sobre teorias lombrosianas, a magnífica monografia de Carlos Maria LANDECHO, *La tipificación lombrosiana de delinquentes. Trayectoria humana y doctrinal de César Lombroso* (tese doutoral inédita).

a sociedade está determinada a defender-se, o ser humano é legalmente responsável pelo mero fato de viver em sociedade. A pena estaria baseada então na periculosidade revelada pelo delinqüente, em sua temibilidade, isto é, no risco que apresenta de voltar a cometer delitos; a separação do delinqüente perigoso, em relação à sociedade, seria o principal objetivo a ser satisfeito pela pena, inclusive a pena de morte para os delinqüentes mais perigosos.

Estudos posteriores objetivaram igualmente encontrar bases biológicas na criminalidade e, nelas, um certo valor preditivo. Não vamos expor cada uma dessas investigações e suas respectivas propostas para o entendimento da criminalidade, mas sim mencionaremos algumas delas:¹⁵⁴ os tipos anatômico-caracterológicos da personalidade (Biotipologia) de Kretschmer, Sheldon e S. e E. Glueck, a endocrinologia (em relação às alterações hormonais e sua influência na personalidade) e a neurofisiologia, entre outras.

No que se refere à Genética Criminal,¹⁵⁵ a comprovação estatística da incidência de doenças mentais e de criminalidade entre pessoas com parentesco consanguíneo, incentivou o estudo científico da influência da herança biológica na conduta criminal, tendo-se centrado, em décadas anteriores, no estudo comparativo de grupos de gêmeos monozigóticos e polizigóticos, estudo da genealogia de famílias delinqüentes, filhos adotivos, alterações cromossômicas (como a presença de cromossomos sexuais excedentes: trisomias XYY e XXY – síndrome de Klinefelter)¹⁵⁶ etc. Como se vê, alguns destes estudos, já

154. V. M. CASTILLON MORA, *Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia*, in "Revista de Estudios Penitenciarios", n. 18, 1970, pp. 211 e ss.; Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de criminología. Introducción a las teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 131 e ss. e 351 e ss.

155. V., mais amplamente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINAS, *Manual de Criminología*, cit., pp. 335 e ss.

156. V. os estudos realizados sobre o cariotipo XYY, em Edimburgo, por Patricia JACOBS e col., *Aggressive behavior, mental subnormality and the XYY male*, in "Nature", n. 208, 1965, pp. 1351 e s., que estabeleceu como manifestações mais significativas desta anomalia, o retardamento mental e a tendência à agressividade. M.^a Angeles MARTINS LUCAS, *Análisis Cromosómico y dermatológico de los trastornos mentales*, Publ. do Instituto de Criminología da Universidade Complutense de Madri, Madri, 1979, pp. 101 e ss., onde menciona os estudos de Jacobs. Das conclusões da autora, destacava a seguinte: "As anomalias do cariotipo não são causa direta dos desvios de conduta. É mais provável que as referidas cromosomopatias dêem lugar a desordens mentais que favoreçam a aparição dessa conduta antisocial". Mais abaixo referiremos a alguns casos jurisprudências comparados nos quais se alegou – geralmente, sem sucesso – esta anomalia por parte dos processados.

se dirigem a vincular, ainda de forma bastante rudimentar, a criminalidade à hereditariedade. Entretanto nenhum deles foi decisivo, nem relevante, para explicar satisfatoriamente as causas da criminalidade, e, na realidade, poderiam apenas chegar à conclusão de que parte da população criminal poderia apresentar algumas alterações biológicas que explicassem estatisticamente a tendência de seus portadores à prática de delitos, mas sem que tal explicação pudesse ser elevada à categoria de máxima geral.

Neste contexto, isto é, no de colocar em dúvida a demonstrabilidade do livre arbítrio por um lado, e a influência biológica no fenômeno delitivo, por outro, as investigações sobre o genoma humano constituem um novo e importantíssimo desafio para explicar as bases biológicas, em concreto genéticas, do comportamento humano e, por extensão, da criminalidade. Com efeito, especula-se, nesse momento, sobre a possibilidade de que algumas manifestações do comportamento encontrem sua explicação nos genes; determinados traços caracterológicos mais definidores da personalidade dos indivíduos teriam sua origem em certos componentes genéticos (p. ex., a homossexualidade) e determinadas patologias da conduta, de forma correlativa, em alguns genes anômalos (p. ex., agressividade, fragilidade, tendência ao alcoolismo, à dependência em drogas).¹⁵⁷ Inclusive já se afirma atualmente que determinadas doenças mentais têm provavelmente um vinculação com anomalias genéticas, como se sustenta, por exemplo, em relação à esquizofrenia, à qual se associa uma suscetibilidade baseada em alterações poligênicas.¹⁵⁸ No entanto, as investigações

157. V. Virginia MORELL, *Evidence found for a possible 'Agression Gene'*, in, "Science", vol. 260, 1993, pp. 1722 e s., sobre a agressividade, que poderia encontrar sua explicação na mutação do gene responsável pela produção da enzima monoamina oxidase A (MAOA). Quanto à agressividade vinculada ao alcoolismo, poderia ter conexão com a existência no cérebro de maiores lugares de recaptação da dopamina e aqueles com o gene receptor da dopamina D2 (alelo A1), segundo "nature medicine", citado por *Diário Médico*, n. 718, 1995, p. 12. V. também Klaus BEHRENDT et al., *Niedrigschwelliger Drogenentzug*, in "Deutsche Ärzteblatt", 90, 4 1993, p. B-147 y ss.; Charles C. MANN, *Behavioral Genetics in Transition*, in "Science", vol. 264, 1994, pp. 1686 e ss.

158. Assim, José Antonio ABISQUETA, *El mapa genético humano*, in "Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular", Cortes Generales Madrid, 1995, pp. 112 y ss. assinala sua localização nos cromossomos 5 (q11. - q13.3) e 21 (q21.3-q22.05, esquizofrenia crônica, uma forma); a epilepsia mioclônica juvenil, no cromossomo 6 (p21.3); a epilepsia, neonatal benigna, tipo 2, nos cromossomos 8 (q) e 20 (q13.2-q13.3); a psicose maníaco depressiva, nos cromossomos 11 (p15.5) e X(b) q(28); a dislexia, no cromossomo 15 (q11); a síndrome do retardamento mental por Hemoglobina H (13.3); o mal de Alzheimer 2, de aparição tardia, nos cromossomos 19 (cen-q13.2) e 21 (q21.3-q22.05, uma forma).

atuais estão ainda muito longe de contribuir a respeito com afirmações categóricas; será necessário esperar, por conseguinte, o avanço das análises. Não obstante, alguns investigadores advertem que se ainda, na atualidade, não é possível demonstrar a influência (ainda que esta pareça provável) ou, inclusive, a determinação genética no comportamento humano, os conhecimentos atuais não permitem dizer o contrário, ou seja: não se pode afirmar a irrelevância do patrimônio genético individual no comportamento. Em resumo, seria precipitado extrair conclusões definitivas num e noutro sentido.

De qualquer maneira, e sem que nos apartemos ainda do enfoque estritamente biológico, é provável, admitindo-se como hipótese, uma maior ou menor influência genética no comportamento humano, que não seria esta o único fator biológico decisivo. Com efeito, necessita ainda ser confirmada, p. ex., a influência dos processos e interrelações bioquímicas e biofísicas do cérebro humano e outros desequilíbrios bioquímicos metabólicos, como já apontou, há anos atrás, o Prêmio Nobel Linus Pauling e continua sendo objeto de estudo e debate, entre os especialistas,¹⁵⁹ a melhor compreensão do comportamento humano. Reflita-se sobre a importância que teria, para nosso objeto de estudo, a confirmação de que a memória se vincula a determinadas reações, “sinais” ou “marcas” bioquímicas e bioelétricas. Mas, inclusive se afirmou que reduzir a consciência à fisiologia é ainda, nestes tempos, um ato de fé,¹⁶⁰ o que não seria suficiente para explicar casualmente um processo se é certo que na consciência ocorrem operações lógicas.¹⁶¹ A Sociobiologia (impulsionada por E. O. Wilson) buscou apartar-se deste enfoque unilateral, sustentando que o ser humano é um complexo organismo biossocial, resultado da interação de fatores biológicos e ambientais; o comportamento humano é aprendido, segundo Jeffery, mas essa aprendizagem não é controlada por mecanismos sociais, mas sim por outros biológicos, entre os quais se destacam o cérebro e o sistema nervoso.¹⁶² Inclusive a partir de uma explicação mais estrita-

159. Assim, precisamente num encontro multidisciplinar celebrado sob os auspícios da Fundação BBV, sobre “Mente y cerebro. Procesos sensoriales”, Madrid, 1993, onde se realçou a importância que apresentam a Neurociência, a Psicologia, a Linguística e a Computação Neural para as investigações sobre o cérebro humano.

160. James S. GRISOLIA, *La humanidad en busca de significado* in Fundación BBV (ed.), “Proyecto Genoma Humano: Ética”, Bilbao, 1991, pp. 205 e s.

161. Bernd SCHÜNEMANN, *Derecho y libertad de voluntad* (cit. por J. M. STAMPA BRAUN, *Principio de culpabilidad y genoma*, in Fundación BBV, ed., “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. II, Bilbao, 1994, p. 55.).

162. V. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, cit., pp. 151 e ss.. No entanto, para Wilson, a explicação dos comportamentos sociais se explica a partir dos genes. V. mais abaixo, Capítulo VI, 1.1.

mente sociológica do delito, chegou-se a sustentar a falsidade do pensamento de que a criminalidade é uma propriedade inerente a certos indivíduos ou grupos de indivíduos em lugar de ser uma qualidade que um processo de definição social confere a determinadas ações ou modelos de conduta.¹⁶³

6.3. A culpabilidade como questão empírica e normativa

Em todo caso, verifica-se uma forte tendência entre os penalistas de repelir qualquer questionamento no sentido de que a pessoa humana possa estar determinada monofatorialmente, por exemplo, por fatores biológicos, e, em concreto, genéticos. Ao contrário, costuma-se ressaltar e acolher favoravelmente outros fatores com capacidade ao menos condicionante do atuar do ser humano:¹⁶⁴ são os fatores ambientais ou, em sentido mais amplo, sociais, isto é, a família, a educação, o meio social do indivíduo (inclusive a alimentação, ainda que incida nos biológicos). Todo este conjunto de agentes biológicos e sociais poderia ter influência na personalidade, no caráter, no comportamento. A este respeito, a teoria das catástrofes dos sistemas instáveis permitiria apoiar a tese de que, em sistemas muito complexos e, ao mesmo tempo, instáveis, a mínima modificação permite influenciar, de forma relevante, a capacidade do sistema total.¹⁶⁵ Transladada esta teoria ao comportamento humano, podemos concluir que a soma de finitos, mas incontáveis fatores que podem participar da realização de uma ação humana concreta, como determinantes, neutralizam-se entre si e os libera de um processo causal inexorável e predizível, se tivéssemos uma capacidade onicompreensiva de todos e cada um desses fatores, assim como de quantificar sua real incidência no processo concreto. Por conseguinte, a hipotética relação causal entre características genéticas e comportamento criminal ou, se se prefere, o determinismo genético é ainda uma questão aberta.¹⁶⁶

Inclusive, ainda que se chegasse no futuro à conclusão do condicionamento do comportamento humano a fatores genéticos, podemos afirmar que não deixariam no estado atual do nosso conhecimento de ser comprovações empíricas, sendo que o Direito se move no terreno dos valores, do axiológico. A culpabilidade é também um conceito

163. Segundo Stephan I. CHOROVER, *Del génesis a genocidio*, H Blume Ediciones, Madrid, 1982, p. 238.

164. V. p. ex., STAMPA BRAUN, *Principio de culpabilidad y genoma*, p. 58.

165. SCHÜNEMANN, *Derecho y libertad de voluntad*, (cit. por J. M. Stampa Braun, *lug. cit.* p. 55)

166. Angel TORIO LOPEZ, *Individualidad biológica y culpabilidad*, in "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. II, *cit.* p. 123.

normativo, isto é, uma valoração jurídica do comportamento humano partindo do conhecimento empírico que, sobre este, possuímos na atualidade, e as construções empíricas normativas não podem ser, *per se*, objeto de demonstração ou de prova.¹⁶⁷ O determinismo genético seria pre-valorativo ou pré-normativo,¹⁶⁸ mas ir mais longe significaria que toda aptidão intelectual ou artística, a tendência ao bem ou ao mal, estariam determinados geneticamente e não só comportamentos mais primários, como o sexual ou a agressividade.

Se algumas correntes penalistas importantes da primeira terça parte do século XX (como a *Terza Scuola* italiana – Carnevale – ou a Direção da Política Criminal alemã de von Liszt) intentaram, sem sucesso, fazer abstração da questão do livre arbítrio, outras mais recentes prescindiram, inclusive da culpabilidade, como fundamento da pena, ao assumir que é indemonstrável empiricamente que o ser humano atue indeterminadamente. Engisch¹⁶⁹ chegou a sustentar, neste último sentido, o raciocínio de que não se pode demonstrar empiricamente que uma pessoa, numa situação concreta, pudesse ter atuado de outra forma, pois isto somente seria possível se se pudesse colocar de novo a essa pessoa na mesma situação concreta, e se pudesse observar, então, se realizava alguma vez uma conduta diversa da que realizou naquela ocasião anterior; mas isto não é possível – continua o autor – porque esta pessoa já não seria a mesma, pois o ser humano tem memória, recordação de que não poderia prescindir, no comportamento posterior que viesse a realizar. Em consequência, sustenta este penalista que é necessário deixar sem resposta a pergunta de que o autor de um delito, de acordo com sua natureza, pudesse fazer uso de uma maior força de vontade ou de uma maior diligência. Entretanto, salientou-se que menos comprováveis, ao menos, alguns aspectos que são relevantes para o juízo de culpabilidade: se o autor pode ou não prever, na concreta situação, o curso externo de sua ação e as repercussões da mesma; assim como o autor, de acordo com sua personalidade, podia compreender o desvalor ou o ilícito de sua conduta.¹⁷⁰ No entanto,

167. Hans-Georg KOCH, *Análisis del genoma humano y cuestiones sobre la responsabilidad penal* em “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. II cit., p. 14.

168. TORIO LOPEZ, *Individualidad biológica. biológica y culpabilidades*, cit., p. 122, que graficamente assinala que “os fatores genéticos pressionam empírica ou faticamente sem referência a normas nem valores. Os genes não sabem do bem nem do mal”.

169. Karl ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechts-philosophischen, Doktrin der Gegenwart*, 2. Auflage, W. De Gruyter, Berlim, 1965, pp. 23 e ss.

170. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit., p. 195, e *El delito como acción culpable*, cit., seguindo a Henkel.

aqueles que prescindem da culpabilidade como fundamento da pena, recorreram a um silogismo que apresenta semelhantes dificuldades para sua demonstração e que segue, a final, uma linha discursiva similar ao da culpabilidade.¹⁷¹ a capacidade de ser motivado pela norma,¹⁷² a partir de quais critérios se pode comprovar que uma pessoa é motivável pela norma, ou o foi no caso concreto?

Na atualidade, encontra reforço uma corrente de opinião que manifesta que se a existência do livre arbítrio não pode ser demonstrada empiricamente, não pode ser comprovado o seu contrário, isto é, sua negação;¹⁷³ em todo caso, o que se deve demonstrar é a falta do livre arbítrio por parte do ser humano. Ao contrário, as relações sociais, o uso da linguagem, que coloca claramente uma determinada visão do mundo conformada, pelo sujeito passivo, através da forma gramatical, pressupõem o reconhecimento da capacidade de autodeterminação individual; todos atuamos como se fôssemos livres, com o sentimento de que somos capazes de tomar decisões de conduta numa ou noutra direção.¹⁷⁴ Para Schünemann o “livre arbítrio não é um mero dado biofísico, mas sim uma parte da chamada *reconstrução social da realidade*”, que “pertence a uma camada essencialmente elementar da cultura ocidental, cujo abandono somente seria concebível no caso de liquidação desta cultura, em sua globalidade”.¹⁷⁵ Assim, conclui, não se pode colocar em dúvida a existência do livre arbítrio como o fenómeno social e deve-se partir da possibilidade de atuar de outra maneira para um autor médio numa situação média.¹⁷⁶

A consequência obrigatória seria, por conseguinte, aceitar uma concepção da culpabilidade, como capacidade de obrar de outro modo.

171. Neste sentido crítico, CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, cit. p. 197.

172. Defendida em nosso país, entre outros, por Santiago MIR PUIG, *Función de la pena y teoría jurídica del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982, pp. 93 e ss., que fixa sua concepção material da culpabilidade como “capacidade de motivação *normal* pelas normas jurídicas” (itálico agregado); Francisco MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, in “III Jornada de Professores de Direito Penal”, Universidade de Santiago de Compostela, 1976, pp. 223 e ss.

173. A esta corrente de pensamento se apegua TORIO LOPEZ, *Individualidad biológica y culpabilidad*, cit. p. 122.

174. Bernd SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo*, In “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales” (trad. J.M. Silva) ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 155. De acordo com esta argumentação, CEREZO MIR, *El delito... como acción culpable* cit.

175. SCHÜNEMANN, *La función. del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo...*, cit., pp. 154 e s.

176. SCHÜNEMANN, ult. lug. cit., p. 157.

No entanto, se é certo que a culpabilidade consiste num juízo de reprovação pessoal do autor da ação antijurídica, essa capacidade deverá ser projetada ao indivíduo concreto – não a um ente abstrato, como também diria Torío – embora seja correto que daquela capacidade geral não se deve deduzir sempre a individual, na situação concreta, pois somente pode ser demonstrada empiricamente, de modo parcial, como foi dito,¹⁷⁷ nem pode ser substituída pelo ajuizamento da capacidade de autodeterminação de outra pessoa na mesma situação, nem pela capacidade de autodeterminação média.¹⁷⁸

6.4. *Análises genéticas e valoração da capacidade jurídico-penal de culpabilidade*

Um problema diverso é o que oferece a análise genética e a demonstração de anomalias genéticas no autor de um delito determinado; anomalias que possam ter alterado sua consciência ou condicionado ou determinado seu comportamento e tenha sido causa, por isso, de exclusão ou redução de sua responsabilidade penal.¹⁷⁹

Para abordar estes aspectos da conduta delitiva, o Direito Penal conta com a categoria da “capacidade de culpabilidade” ou imputabilidade subjetiva, que é pressuposto da existência de culpabilidade no indivíduo. A capacidade de culpabilidade pressupõe a capacidade do autor de um delito de compreender a natureza ilícita de seu comportamento delitivo ou de atuar conforme o referido conhecimento.¹⁸⁰ O Direito Penal parte do princípio de que o que se deve demonstrar em cada situação é a falta de capacidade de culpabilidade e não o contrário: assume-se que, em princípio, todos os seres humanos possuem tal capacidade. É deste modo que os doentes mentais (incluindo os alcoólicos crônicos e viciados em drogas, em sentido estrito) e os deficientes mentais graves,

177. CEREZO MIR, *Culpabilidad. y pena* cit., p. 196; o mesmo, *El delito. como acción culpable*, cit.

178. CEREZO MIR, *lug. cit.*; Angel TORIO LOPEZ, *El concepto individual de culpabilidad*, em “Anuario de Derecho Penal y ciencias penales”, 1985, pp. 285 e ss.

179. Tampouco é este um questionamento novo, pois, nos anos 60 e 70, ocorreram alguns processos penais no estrangeiro nos quais o acusado apresentava a anomalia de cariotipo cromossômico XYY, apontado anteriormente. Assim, nos Estados Unidos, os casos *People x Farley* (Tribunal Superior do Estado de Nova York, Queens Country, 30 de abril de 1969), *People x Tanner* (Corte de Apelação da Califórnia, 1970).

180. O novo Código Penal espanhol de 1995 menciona já expressamente estes requisitos, no art. 20, ns. 1 e 2.

que praticam a ação delitiva numa situação de transtorno mental transitório (p. ex. sob influência de drogas ou do álcool), as crianças e/ou adolescentes (os menores de idade penal),¹⁸¹ etc., podem ser declarados irresponsáveis penalmente, por carecer dessa capacidade de culpabilidade (inimputáveis penais). Note-se que, de acordo com esta categoria jurídico-penal, os fatores biológicos (e psicopatológicos) são especialmente decisivos para excluir a responsabilidade penal.¹⁸² Aqui é obrigatório reconhecer, em consequência, o papel, também relevante, que desempenhará no futuro o conhecimento cada vez mais profundo do Genoma Humano individual, posto que poderá ser uma base biológica decisiva para excluir ou reduzir a culpabilidade e, de forma semelhante, a pena por carecer ou ter diminuída a capacidade de culpabilidade. Neste sentido, as perspectivas que as análises genéticas propiciam para um futuro não muito distante, centram-se fundamentalmente no fornecimento de elementos de prova mais confiáveis que corroborem o estado patológico mental em discussão, durante o processo penal, quando seja de origem genética.¹⁸³

6.5. *Suscetibilidade genética e juízos de predição*

Uma questão bastante complexa diz respeito à maneira como se deverá considerar, em concreto, tais fatores no futuro, na medida em que tais traços biológicos podem agora ser comprovados em estados do indivíduo ainda assintomáticos, mas que apresentam uma certa predisposição ou suscetibilidade de desenvolver uma patologia com

181. V. Código Penal espanhol, arts. 20, ns. 1 e 2 e 19, respectivamente. Neste ponto, a novidade do código aprovado reside na inclusão explícita como excludente da influência do álcool e outras drogas na prática da ação, querendo superar deste modo certas diferenças dos tribunais: "Aquele que, no momento de cometer a infração penal se ache em estado de intoxicação plena pelo consumo de bebidas alcoólicas, drogas tóxicas, narcóticos, substâncias psicotrópicas ou outras que produzam efeitos análogos, sempre que não tenha sido buscado com o propósito de cometê-la ou não se tenha previsto seu cometimento, ou se ache sob influência de uma síndrome de abstinência, por causa de sua dependência a estas substâncias, que lhe impeça de compreender a ilicitude do fato ou atuar conforme essa compreensão" (art. 20 n. 2). Por sua vez, o art. 22 circ. 2.ª acolhe como atenuação da responsabilidade "a de atuar o culpável por causa de sua grave dependência às substâncias mencionadas no 2.º número do art. anterior".

182. A estas causas de inimputabilidade do art. 8.º do Código Penal derogado, vinculava também as descobertas genéticas patológicas que pudessem ser apreciadas no autor de um delito. Francisco BUENO ARUS, *El genoma ...*, cit., p. 79.

183. Também neste sentido, STAMPA BRAUN, *Principio de culpabilidad y genoma*, p. 59; TRIFFTERER, *Legado genético y culpabilidad*, cit. p. 32.

estas características. Já não se trata aqui, indubitavelmente, de auxiliar na decisão do juiz para determinar a imputabilidade da pessoa, uma vez que partimos da hipótese de que, ao serem aqueles assintomáticos, essas patologias não influíram em absoluto no cometimento do delito. Esta conclusão é defensável tanto se a predição faz alusão a uma doença mental que se manifestará, com toda segurança, no futuro (o que, de acordo com o estado atual da ciência, não parece que seja possível), como a uma simples predisposição ou suscetibilidade de desenvolvimento da doença, cujos mecanismos de manifestação são ainda desconhecidos, mas, em relação a eles, é dada uma significativa importância ao ambiente, em seu sentido mais amplo. A concepção da responsabilidade penal como vinculada a uma ação concreta impediria a concessão de relevância a essa suscetibilidade genética.

A questão não se formula nos mesmos termos quando se trata de recorrer a outra via de reação penal: as medidas de segurança. Estas têm como pressuposto irrenunciável a periculosidade criminal representada pelo delinqüente, que, como é sabido, consiste na probabilidade de que o autor de um delito volte a delinqüir – a cometer uma ação típica e antijurídica, mais precisamente – num futuro mais ou menos determinado (*peligrosidad criminal postdelictual*).¹⁸⁴ Por comportar sua apreciação um juízo naturalístico (isto é, não ético, moral ou de valor), o juízo de periculosidade se desenvolve em dois momentos: a comprovação da qualidade sintomática de perigoso (a *diagnose de periculosidade*), por um lado, e a comprovação da relação entre a referida qualidade e o futuro criminal do indivíduo (a *prognose criminal*), por outro.¹⁸⁵ A questão agora seria estabelecer se estes fatores de suscetibilidade genética, como a dependência à droga ou o alcoolismo, ou outros menos precisos, como a agressividade ou a compulsão sexual, deverão entrar em consideração no segundo momento, na prognose criminal. A este respeito, são vários os aspectos que se devem ser ressaltados.

a) Em primeiro lugar, a questão só seria discutível no contexto de um processo penal por um delito cometido, com anterioridade, pelo sujeito (periculosidade *postdelictual*), o que confere, ademais, garantias de segurança jurídica adicionais, assim como uma limitação do recurso às medidas de segurança. Por conseguinte, exclui-se a análise genética para prevenir os comportamentos antisociais não delituosos e, inclusive, a periculosidade criminal não sustentada no cometimento prévio de um delito (periculosidade *predelictual*).¹⁸⁶

184. Carlos María ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 14 e s.

185. ROMEO CASABONA, ob., cit., p. 30.

186. V., mais amplamente, ROMEO CASABONA, ob. cit., pp. 44 e ss.

b) Por outro lado, já que, anteriormente negamos a viabilidade de que um mero fator de suscetibilidade genética possa afetar a capacidade de culpabilidade, eliminando-a ou reduzindo-a, com suas respectivas repercussões na pena, a consideração da periculosidade criminal e a reação penal correspondente somente seriam compatíveis com aqueles sistemas jurídico-penais dualistas, que, junto à pena, admitem as medidas de segurança para os delinquentes imputáveis criminalmente perigosos.

c) Discutiu-se também a validade da utilização dos resultados das análises genéticas que teriam sido realizados com o fim de demonstrar a falta de capacidade de culpabilidade do processado. A objeção reside no fato de que uma informação obtida para determinado fim (determinar a responsabilidade penal do sujeito) não deveria ser utilizada para outro diverso (a comprovação de sua periculosidade criminal).¹⁸⁷ A discussão formula-se, inclusive, em torno da possibilidade ou não de obtenção de amostras biológicas, sem o consentimento da pessoa para a realização deste tipo de análises genéticas. No entanto, em direito comparado, não só se estabeleceu a obrigatoriedade da submissão aos testes genéticos de ADN com o fim de proceder à identificação de suspeitos de um delito violento (p. ex. de homicídio ou contra a liberdade sexual), como também a criação de bancos de ADN de delinquentes destas características.¹⁸⁸ Não obstante, aqui a questão é diferente, posto que não se trata já da obtenção de amostras com fins de identificação, mas sim da realização de análises genéticas capazes (teoricamente) de revelar determinadas características do comportamento humano, de sua personalidade, projetada para o futuro, que entraria diretamente no âmbito da intimidade.¹⁸⁹ A resposta do Direito deveria ser provavelmente nesta matéria muito mais matizada e seria necessário descartar a realização destas provas sem o consentimento do interessado.¹⁹⁰

d) Já assinalamos também a escassa confiabilidade que apresentam, neste momento, as análises genéticas¹⁹¹ que dão como resultado a

187. Contrário a esta possibilidade, TRIFFTERER, *Legado genético...*, cit., pp. 41 e s.

188. Assim, o Reino Unido, por Lei de 1994 (*Criminal Justice and Public Order Act*), que modifica a Lei de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act*). V. mais acima, no apartado 5 deste Capítulo.

189. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales*, cit., p. 69.

190. Igualmente contrário, TRIFFTERER, *Legado genético y culpabilidad...*, cit., p. 41.

191. Também céticos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El legado. y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales*, cit., p. 69.; Dominique SPRUMONT / Oliver GUILLOT, *El legado genético y el principio de culpabilidad*, in Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", vol. II, cit., p. 110; TRIFFTERER, *Legado...*, cit., p. 41.

suscetibilidade ou predisposição a determinadas patologias, sobretudo se são poligênicas e multifatoriais, pois não são conhecidos os mecanismos de desencadeamento provocados pelo ambiente. Se o juízo de periculosidade oferece sérias reservas, quanto à confiabilidade de seu valor preditivo, sobre o comportamento humano em geral e o criminal, em particular, aquelas reservas parecem fortalecer-se quando pretendem sustentar-se em critérios científicos ainda não contrastados e com escassa possibilidade de oferecer informação definitiva e confiável na atualidade. Em consequência, não parece oportuno um retorno às teses positivistas dos fins do século passado e pretender fundamentar a pena ou a imposição de medidas de segurança na periculosidade do delinquent (ou, inclusive, em fase predelitual) evidenciada pela “reconstrução” de sua personalidade baseada, de forma exclusiva, em dados genéticos de suscetibilidade dos quais seria portador. A desconfiança que se opôs, há algumas décadas, a uma prevenção especial exacerbada, trouxe como consequência um ceticismo em torno de sua efetividade, uma limitação em seus objetivos e a necessidade de dispor de um arsenal de garantias e controles com o fim de prevenir seus excessos e assim proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.¹⁹² Tais reservas seriam aplicáveis, desde já, a uma suposta periculosidade individual de base exclusiva ou fundamentalmente genética.

e) Finalmente, ainda que se aceite como hipótese, que uma análise genética desse como resultado uma predisposição ou suscetibilidade criminal ou patológica propícia para a consumação de um delito, o estabelecimento de uma terapia gênica apropriada, de forma compulsiva, talvez mesmo como medida de segurança com o fim de prevenir a suposta tendência criminal, deve ser rejeitada, alegando-se, a respeito, objeções de tipo constitucional:¹⁹³ o tratamento obrigatório das doenças “sociais” na medida em que estabeleçam uma modificação permanente da personalidade (ou mesmo que não existisse o risco de que isso ocorresse), somente devem ser admitidas partindo-se do consentimento do interessado,¹⁹⁴ sem prejuízo do problema do tratamento dos doentes mentais autores de um delito aos quais se aplicam

192. V., mais extensamente, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad. y Derecho penal preventivo.*, cit., pp. 30 e s e 85 e ss.

193. V. Alberto TEKE SCHLICHT, *Genoma humano. y culpabilidad: un problema médico-legal en Fundación BBV*, “*El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*”, vol. II., cit. p. 116. Resolvem-na negativamente Susana HUERTA TOCILDO, *El legado genético y el principio de culpabilidad.*, cit., p. 197; STAMPA BRAUN, *Principio de culpabilidad y genoma*, p. 59; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El legado. genético y el principio de culpabilidads. Algunas conclusiones provisionales.*, cit. p. 69.

194. Da mesma opinião, STAMPA BRAUN, *lug. cit.*

medidas de segurança curativas, em lugar da pena.¹⁹⁵ A estes e a determinados delinquentes com personalidade hipoteticamente agressiva, chegou-se a aplicar, em décadas anteriores, pretensas medidas de segurança “curativas”, de forma coercitiva, como foram a psicocirurgia e a castração, entre outras, intervenções sumamente criticadas por atentar, além de outras razões, contra os direitos humanos.

De toda maneira, estas reflexões, como todas as que se referem às repercussões sociais das investigações sobre o genoma humano, não pretendem projetar uma posição maximalista. Como tive oportunidade de repetir já tantas vezes, a atitude do jurista deverá ser expectante e aberta, disposta a reconsiderar suas formulações à luz das inovações científicas – e tecnológicas – e sempre a serviço do ser humano.

195. V. ao respeito Carlos María ROMEO CASABONA, *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa e sistema de garantías en el derecho español*, in “Actualidad Penal”, 1991. pp. 329 e ss.

Bibliografia

Em espanhol:

AA.VV.: "La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. AA.VV.: *Banco genético y el derecho a la identidad. Ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1988. ABBING, Roscam: "La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar un adecuado equilibrio?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 2. ABRISQUETA, José Antonio: "El mapa genético humano", en *Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular*, Cortes Generales, Madrid, 1995. CAPRON, Alexander M.: "Seguros y genética: un análisis lleno de significado", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Bilbao, 1995. CARMI, Ammon: "Pruebas genéticas en el mundo laboral. Contribución al debate sobre la necesidad de regulación en la República Federal Alemana", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV, Bilbao, 1995. CARRACEDO, Angel: "La huella genética", en Carlos M. Romeo Casabona (ed.), *Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano*, Bilbao, 1995. CARRACEDO, Angel/BARROS, Francisco: "El cálculo de la prueba biológica de la paternidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 3, 1995. CASTELLANO ARROYO, María: "Pruebas genéticas de investigación de la paternidad", en *Genética Humana*. cit. CATALANO, Giuseppe: "Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit. CAVOUKIAN, Ann: "La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a "no saber", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 2, 1995. CHOCLAN MONTALVO, José A.: "Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual", en *La Ley*, n. 3556, 1994. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L.: *El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales*, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. EGUSQUIZA BALMASEDA, Ma. Angeles: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I) y (II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 2 y 3, 1995. FALÇAO DE OLIVEIRA, Guilherme F.: "Conocimiento genético y Derecho del Trabajo", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit. HEREDERO HIGUERAS, Manuel: "La protección de datos de salud informatizados en la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre", en *Derecho y Salud*, vol. 2, n. 1, 1994. KOCH, Hans-Georg: *Análisis del genoma humano y cuestiones sobre la responsabilidad penal*, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. LLEDO YAGÜE, Francisco: "La paternidad forzada", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1, 1994. LORENTE ACOSTA, José A. y Miguel: *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Ed. Comares, Granada, 1995. MARTINEZ JARRETA, Begoña (coord.): *La prueba pericial médica en el derecho*, Serv. Publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1996. MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: "Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 2, 1995. MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: "El código genético y el contrato de seguro", en *El Derecho ante*

el Proyecto Genoma Humano, vol. III. cit. PERIS RIERA, Jaime M.: "La identificación genética y los derechos fundamentales", en *Arbor*, n. 564, 1992. QUEVEDO, Alina: *Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales*, McGraw Hill, Madrid, 1996. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, n. 25, 1992. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel: "Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit. ROMEO CASABONA, Carlos María: *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid 1988. ROMEO CASABONA, Carlos M.: "El Proyecto Genoma Humano: implicaciones jurídicas", *Ética y Biotecnología* (ed. Javier Gafo), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993. SALA FRANCO, Tomás: "El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 2, 1995. SOLA, Carlos de: "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I) y (II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1 y 2, 1994 y 1995. SPRUMONT, Dominique/GUILLOD, Olivier: "Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit. STAMPA BRAUN, José M.: "Principio de culpabilidad y genoma", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. TEKE SCHLICHT, Alberto: "Genoma humano y culpabilidad: un problema médico-legal", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. TORIO LOPEZ, Angel: "Individualidad biológica y culpabilidad", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. TRIFFTERER, Otto: "Legado genético y culpabilidad", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II. cit. VERRUÑO, L.: *Banco genético y el derecho a la intimidad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988. WIESE, Günther: "Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit. YANES, Pedro: "Seguros de personas e información genética (I) y (II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1, 1994, y n. 2, 1995. ZORRILLA RUIZ, Manuel María: "Contribución de la genética a los problemas del derecho al empleo", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV. cit.

Em outros idiomas:

ANDREWS, L. B.: "DNA Testing, Banking and Individual Rights", in *Genetic Screening: From Newborns to DNA Typing* (Knoopers BM and Laberge GM, eds.), Excerpta Medica, Amsterdam, 1990. ANNAS, G. J.: *Privacy Rules for DNA Databanks*, JAMA, 134, 1993. ANNAS, George J./GLANTZ, Leonard H./ ROCHE, Patricia A.: *The Genetic Privacy Act and Commentary*, Health Law Department, Boston University School of Public Health, 1995. BAUDOUIN, Jean-Louis: "La Révolution Génétique. L'établissement de la carte du génome humain et les choix pour la société: la protection des citoyens", *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, vol. 5, n. 1, 1994. BRODY, E. B.: *Biomedical Technology and Human Rights*. UNESCO and Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1993. CIBA Foundation *Human Genetic Information: Ethics, Law and Policy*. American Association for the Advancement of Science, Washington, 1993. CIBA Foundation: *Human Genetic Information: Science, Law and Ethics*, Symposium 149, John Wiley and Sons Ltd., Chichester, 1990. The Danish Council of Ethics: *Ethics and Mapping of the Human Genome*, "Fifth Annual Report", Copenhagen, 1993. GALLOUX, Jean-

Christophe: "L'empreinte génétique: la preuve parfaite?", la Semaine Juridique, n. 12. HUBBARD, R./WALD, E.: *Exploding the Gene Myth: How genetic Information is Produced and Manipulated by Scientists, Physicians, employers, Insurance, Companies, Educators and Law Enforcers*, Beacon Press, Boston, 1993. IMBERT, P. H.: *Tests génétiques et droits de l'homme*, en "Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics", 1991. International Labour Office: *Workers' Privacy. Part. III, Testing in the Work Place*, vol. 12, 2/1993, Geneva, 1993. JUENGST, E. T.: "Human Genome Research and the responsible use of new genetic knowledge", en *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, 1991. JUNG, H.: "Zum genetischen Fingerabdruck", en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1989. KNOPPERS, Bartha Maria (ed.): *La génétique humaine: de l'information a l'informatisation*, Litec-Themis, Paris, 1992. NATA. M./NAGAE M. AOKI./SAGISAKA, K./UEHARA, S.: "Prenatal paternity testing with DNA analyses (case report)" *International Journal of Legal Medicine*, vol. 106, n. 3, 1993. NATOWICZ, Marvin R./ALPER, Joseph S.: "Genetic Discrimination and the Law", en *American Journal of Human Genetics*, n. 50, 1992. The Privacy Commissioner of Canada. *Genetic Testing and Privacy*, Ottawa, 1992. Nuffield Council on Bioethics. *Genetic Screening. Ethical Issues*, London, 1993. SCHULZ-WEIDNER, Wolfgang: *Der versicherungsrechtliche Rahmen für eine Verwertung von Genomanalysen: die Bedeutung präklinischer kausalitäts-, Risiko- und Eigenverschuldungsbewertungen*. Nomos, baden-Baden, 1993. SHAPIRO, R./WEINBERG, M.L.: "DNA Data Banking: The dangerous rosiön of privacy". *Cleve. St. L. Rev.*, 38, 1990. SIMITIS, Spiros: "Allgemeine Aspekte des Schutzes genetischer Daten", en *Genanalyse und Persönlichkeitsschutz*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1994. SLOVAK, A.J.M.: "Should atopic employees be excluded from specific occupations?", en *Occupational Medicine*, n. 43, 1993. ZEITZ, Kathleen: "Employer Genetic Testing: A Legitimate Screening Device or Another Method of Discrimination?", en *Labor Law Journal*, 1991.

APLICAÇÕES GENÉTICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE

As descobertas genéticas estão desenvolvendo, no campo da Medicina, várias de suas mais rápidas e efetivas aplicações. As análises genéticas estão possibilitando cada vez, com maior precisão e amplitude, a diagnose de patologias vinculadas à herança, inclusive antes de que se produzam as primeiras manifestações ou sintomas da correspondente doença. Esta nova perspectiva da Medicina é conhecida como Medicina Preditiva, cujo desenvolvimento mais significativo gira em torno da Medicina preventiva. No entanto, as possibilidades terapêuticas são ainda muito limitadas – embora avancem com certas hesitações, já é possível o tratamento de algumas doenças –, motivo pelo qual, geralmente, só é possível a adoção de medidas preventivas em determinados casos (p. ex., se existe uma predisposição genética a uma doença determinada, de caráter poligênico e multifatorial), por certo, também limitados (p. ex. se se trata de uma patologia monogênica dominante). Por outro lado, os diagnósticos genéticos estão tendo uma importância capital em relação à reprodução humana, natural ou assistida (diagnósticos pré-conceptivo, pré-implantatório e pré-natal). Dada a complexidade de que se revestem estes processos e as dificuldades que importam freqüentemente a adoção de decisões mais convenientes para os interessados, impôs-se o chamado conselho genético.

Independentemente dos critérios concretos que serão propostos em seguida, podemos já adiantar um princípio básico em relação às provas diagnósticas e às ações terapêuticas genéticas: em ambos os casos, deve ser resguardado o princípio de proporcionalidade entre o resultado benéfico esperado e os riscos previsíveis para os interessados, levando-se em consideração, além disso, que a mãe pode também ver-se envolvida pelas intervenções diagnósticas e terapêuticas realizadas no feto que ela guarda em seu ventre.

1. O aconselhamento genético

1.1. Conceito e aspectos relevantes

O aconselhamento ou assessoramento genético é uma das prestações práticas mais imediatas da Medicina que a Genética está proporcionando.¹ Do ponto de vista jurídico, o aconselhamento genético apresenta numerosas facetas de interesse, não apenas por sua função, em sentido estrito, de transmissão de informação aos consultantes e de sua avaliação, mas também pelas provas prévias que tenha de realizar em cada caso, assim como pelas decisões que possam ser adotadas como consequência da informação ministrada e do assessoramento prestado.

Com a finalidade de tomar um ponto de referência para esta exposição, podemos aceitar a definição do aconselhamento genético como “o processo pelo qual os pacientes ou seus parentes com risco de uma doença de caráter hereditário são advertidos das consequências da doença, da possibilidade de vir a padecê-la ou de transmiti-la e os métodos possíveis para evitá-las ou mitigá-las”.² O aconselhamento genético pode ser oferecido individualmente ou a casais, seja por iniciativa do profissional, seja a pedido dos interessados. Por outro lado, costuma-se oferecer o rastreamento genético (*genetic screening*) ou rastreamento genético prospectivo, que cumpre uma importante função de Medicina preventiva e de saúde pública, a determinados grupos de população com risco, geralmente a mulheres grávidas (*rastreamento pré-natal*), a recém nascidos (*rastreamento neonatal*) e a certos grupos étnicos com maior tendência de serem portadores ou heterozigotos de certas doenças (*rastreamento de heterozigotos*).³

Poder-se-iam distinguir neste processo várias fases diferenciadas:⁴ 1.º o assessoramento sobre a oportunidade de submeter-se a determinadas

1. Assim expôs corretamente a questão, José Antonio ABRISQUETA, *Bases genéticas del asesoramiento y cribados genéticos*, in “Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas” (Javier Gafo, ed.), Madrid, 1994, p. 36.

2. Segundo Peter S. HARPER, *Consejo genético y diagnóstico prenatal*, in “Labor Hospitalaria” (Monografia sobre “diagnóstico pré-natal e assessoramento genético: realidade e esperança”, em colaboração com o Instituto Borja de Bioética), n. 218, 1990, p. 273. V. também ABRISQUETA, *Bases genéticas del asesoramiento y cribados genéticos...*, cit pp. 35 e ss.; Alfonso DELGADO RUBIO, *Aspectos clínicos del consejo genético*, in “Genética Humana” (ed., Carlos M. Romeo Casabona), Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, p. 159; José A. USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, in “Dilemas éticos de la Medicina actual” (ed. Javier Gafo), Madrid, 1986, pp. 298 e ss.

3. V. ABRISQUETA, *Bases genéticas del asesoramiento y cribados genéticos...*, cit., pp. 41 e ss.

4. V. também sobre o particular, Carlos SAN ROMAN COS-GAYON, *Consejo genético. Comunicación de los resultados*, in “Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas”, cit., pp. 65 e ss.

provas diagnósticas e a decisão sobre sua realização; 2.^a a prática das referidas provas, que são diversas segundo o momento em que sejam levadas a cabo e segundo os objetivos perseguidos com relação aos resultados; 3.^a a transmissão da informação obtida e sua valoração (assessoramento em sentido estrito); e 4.^a as decisões tomadas em consequência da informação transmitida. De outro ponto de vista, devem ser distinguidas também as responsabilidades que incumbem aos especialistas que realizam as funções de assessoramento nas diversas fases e aos especialistas que realizam as provas diagnósticas, de um lado, e as responsabilidades que recaem sobre os que tomam as decisões derivadas da informação ministrada, geralmente os consultantes, de outro.⁵

Do ponto de vista jurídico, é necessário analisar os critérios que dispõe o Direito sobre os diversos aspectos apontados partindo do exame da licitude das diversas ações e medidas que podem ser adotadas com relação ao aconselhamento genético e terminando com a comprovação das respostas aos possíveis casos de responsabilidade por atuações incorretas. Finalmente, deve ser considerado se os diversos sistemas jurídicos – e, em concreto, o ordenamento jurídico espanhol – dão validade – ou poderiam acolher no futuro –, ao aconselhamento genético, à realização das provas diagnósticas ou às decisões que podem ser adotadas como consequência dos resultados daquelas, sejam voluntárias ou obrigatórias; isto é, se algumas dessas provas ou medidas consequentes podem ser impostas, por parte das autoridades sanitárias competentes, a pessoas ou grupos de pessoas em particular ou à população em geral, apoiadas em lei vigente ou numa futura que as pudesse contemplar. Como se vê, trata-se de uma questão de política sanitária vinculada à saúde pública que transcende as iniciativas dos interessados da consulta genética, e que por poder apresentar um caráter coercitivo afeta, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais e, consequentemente, o próprio marco constitucional.

No que se refere ao ordenamento jurídico espanhol, podemos adiantar que só necessitaremos nos ocupar daquela segunda hipótese como possibilidade no futuro, já que nele não existe na atualidade nenhum tipo de previsão a esse respeito;⁶ ao contrário, como é sabido, a *Ley General de Sanidad* de 25 de abril de 1986 parte do princípio de autonomia individual juntamente com os de respeito à personalidade, dignidade e intimidade e proibição da discriminação como pressupostos

5. V. sobre isso a seguir, Capítulos IV, 3 e 4 e VII, 2.

6. A Lei Orgânica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública, prevê a imposição de medidas coercitivas que incluam o tratamento (art. 2), e, mesmo se referindo à prevenção de enfermidades transmissíveis (art. 3) – como são as hereditárias –, não parece aplicável a esta matéria, senão às enfermidades contagiosas e a outras situações de risco para a saúde pública.

básicos (art. 10, n. 1), cujo reflexo encontramos na regulamentação expressa do consentimento informado (art. 10, ns. 5 e 6), como direito dos usuários de centros públicos e privados.

1.2. O assessoramento a respeito da submissão a determinadas provas diagnósticas

O início da consulta costuma ter origem no contexto da tomada de decisões vinculadas à reprodução. Os diagnósticos relacionados a estas consultas denominam-se *diagnóstico ante-natal*: seja antes de decidir ter um filho, como é o caso do *diagnóstico pré-conceptivo* e do *diagnóstico pré-implantatório*, seja no curso da gravidez, como ocorre no *diagnóstico pré-natal*. Por este motivo, os requerentes costumam ser os membros de um casal (matrimonial ou não), ou ainda tratar — se de uma única pessoa (no diagnóstico pré-conceptivo sobretudo, mas também no pré-implantatório se se permite a transferência de embriões à mulher sozinha, isto é, sem contar com parceiro). O objetivo é informar sobre as probabilidades de procriar um filho com uma doença genética, com uma alteração cromossômica ou com uma embriofetopatia.⁷ O *diagnóstico post-natal* esta mais diretamente relacionado às possibilidades terapêuticas ou preventivas de enfermidades hereditárias de recém-nascidos, crianças ou até mesmo adultos.

Os dados prévios necessários para cada um desses diagnósticos são obtidos através da elaboração de um histórico dos antecedentes familiares em relação à transmissão e/ou aparecimento de anomalias genéticas e a investigação no próprio casal, particularmente a análise genética (no óvulo ou no embrião *in vitro*), com a utilização de diversas provas,⁸ para a qual é decisiva a participação do médico e de outros profissionais extremamente especializados e qualificados, de biólogos geneticistas, em particular.

Uma questão que não está muito bem delimitada refere-se à intervenção dos diversos profissionais, a de qual especialista cabe sobretudo a função de assessoramento.⁹ Partindo-se do pressuposto de que esta caiba aos médicos, o decisivo não será tanto sua especialidade, quanto sua

7. DELGADO RUBIO, *Aspectos clínicos. del consejo genético...*, cit., p. 159.

8. Sobre elas e suas respectivas possibilidades atuais, v. José EGOZCUE, *Diagnóstico pre-conceptivo e pre-implantacional*, in "Diagnóstico prenatal y reproducción asistida" (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz — Ayuntamiento de San Roque, 1992, pp. 9 e ss.; o mesmo, *Diagnóstico...*, cit. pp. 105 e ss.

9. Michèle HARICHAUX, *Diagnostic prénatal: les obligations et les risques*, in "Vers un antedestin? Patrimoine génétique et Droit de l'humanité" (F. Gros e G. Huber, eds.), Éditions Odile Jacob, Paris, 1992, pp. 441

especialização, isto é, quais possuem os conhecimentos e práticas suficientes para desenvolver este trabalho, que está sendo exercido em geral pelos ginecologistas e pelos pediatras; enquanto que as análises genéticas serão realizadas por especialistas (geneticistas), em centros que deveriam ser de cadastrados. Neste sentido a Recomendação (90) 13 do Conselho da Europa¹⁰ ressalta que o *rastreamento* (*screening*) e o diagnóstico genéticos antenatais deveriam ser realizados sob a responsabilidade de um médico, e as provas de laboratório em estabelecimentos cadastrados pelo Estado ou pela autoridade competente (princípio 3.º)

No que concerne ao Direito espanhol, o esclarecimento anterior pode ser relevante, como ocorre com a emissão do juízo preceptivo antes da realização de um aborto por ocorrer a chamada indicação eugênica. Com efeito, enquanto que o Código Penal se conforma em requerer um juízo emitido por dois especialistas sem precisar quais (art. 417 bis.1.c), o RD 2409/1986, que desenvolve esta temática, exige expressamente que sejam dois médicos especialistas (art. 6.2),¹¹ o que parece correto. O credenciamento dos centros públicos ou privados, onde estes médicos prestam seus serviços, deve ser concedido pelas autoridades das Comunidades Autônomas e o referido credenciamento é diverso e independente do que se refere à prática do aborto; para isso, os centros deverão contar, segundo as provas diagnósticas complementares que sejam requeridas em cada caso, com os seguintes meios ou métodos de diagnóstico: 1. técnicas de ecografia ou similares para o diagnóstico das malformações fetais; 2. técnicas bioquímicas apropriadas para o diagnóstico de doenças metabólicas; 3. técnicas de citogenética para o diagnóstico de alterações cromossômicas; e 4. técnicas analíticas precisas para o diagnóstico de malformações de origem infecciosa (art. 6.2 do RD 2409/1986). Entende-se que o indicado credenciamento será concedido levando-se em consideração também a existência de profissionais adequados para executar cada uma destas técnicas, os quais, como se pode comprovar, não serão médicos em todos os casos.

Salvo se os requerentes procurem o médico diretamente com a finalidade de obter um assessoramento, o mais freqüente é que se trate de pacientes prévios ao assessoramento. Nesta última situação, o médico deve avaliar a possibilidade de oferecer um conselho genético, por sua própria iniciativa, em particular se é de seu conhecimento a existência

10. *Recommendation No R (90)13, on Prenatal Genetic Screening, Prenatal Genetic Diagnosis and Associated Genetic Counseling*, adaptada pelo Comitê de Ministros em 21 de junho de 1990.

11. Assim diz o art. 6.2: "no caso de ser praticado o aborto em face da previsão de que o feto nascerá com graves defeitos físicos ou psíquicos, a ordem deverá ser emitida por dois Médicos especialistas de um centro ou estabelecimento sanitário público ou privado cadastrado para tal efeito. [...]"

de antecedentes familiares ou de descendência anterior com problemas de origem hereditária.

O oferecimento das provas diagnósticas adequadas dependerá da existência de procedimentos diagnósticos apropriados à situação concreta dos requerentes (estado de gravidez e sua fase, idade da grávida, submissão a técnicas de reprodução assistida, etc.) e à enfermidade transmissível hereditariamente que se está tomando em consideração; a existência de tais procedimentos deverá ser do conhecimento do médico consultor, assim como os centros ou laboratórios onde podem ser prestados os serviços correspondentes de diagnóstico, deverão possuir competência adequada para a avaliação dos resultados e demais informações que tenha conseguido por meio da anamnese. O não oferecimento de tais provas, apesar do conhecimento dos antecedentes ou a negativa a sua realização solicitada pelos requerentes (sempre que estes justifiquem sua pertinência oferecendo suficientes dados indicativos de riscos graves para a saúde),¹² pode dar lugar à responsabilidade nos termos que veremos mais adiante.

1.3. A transmissão da informação e sua avaliação

1.3.1. Transmissão da informação e assessoramento

Segundo se costuma reconhecer, a transmissão da informação aos consulentes é extremamente complexa no aconselhamento genético, entre outras razões, por seu alto grau de tecnicidade¹³ e suas possíveis conseqüências éticas. De qualquer maneira, deverá ser suficientemente explícita (do ponto de vista do profano), e completa, para que os requerentes possam receber a informação o mais fielmente possível a fim de tomar, fundado nela, sua decisão, sem descartar por isso que a informação expresse cálculos de probabilidade, se não podem ser oferecidos dados de segurança. No que se refere ao diagnóstico pré-natal, se os referidos resultados objetivam ser tomados como pressuposto para a realização de um aborto, de acordo com a Lei, devemos recordar que esta se expressa no Direito espanhol em termos de

12. A este respeito, a Recomendação R(90)13, do Conselho da Europa, indica que as provas de diagnóstico não devem ser realizadas se não existe disponibilidade de conselho prévio ou posterior às provas (princípio 1), e devem ser feitas, unicamente com o fim de detectar riscos graves para a saúde da criança (princípio 2). Neste mesmo sentido, Roscam ABBING, *La información genética y los derechos de terceros. Cómo encontrar un adecuado equilibrio?*, in "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2, 1995, p. 38.

13. V. WALTERS, *Ethical Perspectives on Maternal Serum Alpha-Fetoprotein Screening*, cit, p. 489.

duvidosa concreção: “que *se presume* que o feto nascerá com graves defeitos físicos ou psíquicos...” (art. 417 bis.1.3.º do CP). A determinação do grau de presunção e, inclusive, se é necessário que os referidos defeitos se manifestem já desde o nascimento ou se basta com que se tenha a *segurança* de seu aparecimento no futuro,¹⁴ são aspectos que deram lugar a diversas e contrapostas interpretações.

Em todos estes casos, a informação sobre o resultado do diagnósticos e das demais provas e investigações, assim como sobre a probabilidade de padecer ou transmitir à descendência uma determinada doença e dos meios existentes para preveni-la ou mitigá-la, costuma ser acompanhada de uma valoração ou assessoramento, por parte do especialista, a respeito da referida informação. Trata-se, por conseguinte, de um assessoramento técnico ou profissional que deverá estender-se à informação sobre as medidas possíveis e disponíveis para a situação concreta detectada, e, como tal, é lícito que se for necessário (por falta de critério suficiente ou significativa desorientação por parte dos consulentes), *excepcionalmente*, se recomende ou se sugira as decisões mais adequadas para o caso, ponderando suas vantagens e inconveniências, sem que isso condicione, nem a livre decisão (que os consulentes deverão tomar de forma autônoma), nem a pretensão de traduzir ou impor, através desse assessoramento, suas próprias crenças religiosas ou convicções éticas ou morais.¹⁵ No entanto, abriu-se caminho em alguns países, para o assessoramento coercitivo, como é o caso da República Popular da China, num duplo sentido: em primeiro lugar, a própria obrigatoriedade de sujeição a provas biológicas – não somente genéticas – e ao conselho genético pré-matrimonial, e, em segundo lugar, a lei – e não o médico assessor enquanto tal, quem deve recolher num certificado os achados relativos ao risco de transmissão de doenças à descendência – impõe determinadas proibições ou limitações em função do resultado daquelas, como é a proibição do matrimônio ou o condicionamento de sua autorização à aceitação da não procriação, mediante a adoção de medidas contraceptivas de forma permanente ou a sujeição à esterilização cirúrgica.¹⁶

14. Como sustentei em outro lugar (segundo entendo, em sintonia como os biólogos), embora de forma minoritária, em relação aos autores que se pronunciaram posteriormente. V. Carlos M. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico prenatal e sus implicaciones jurídico penales*, in “La Ley”, n. 1751, 1987, p. 6 (V. a segunda edição deste trabalho ampliada e atualizada em “Progreso no diagnóstico pré-natal”, vol. 7, n. 2, 1995, pp. 65 e ss.)

15. Neste sentido, a Recomendação R(90)13 do Conselho da Europa, já citada: o conselheiro nunca deve tentar impor suas próprias convicções aos requerentes, mas deve informar-lhes e aconselhar-lhes sobre todos os aspectos e opções existentes (princípio 4.º).

16. V. arts. 9 e 10 da Lei de 27 de outubro de 1994 (promulgada pelo Decreto Presidencial n. 33 dessa data), sobre proteção da saúde materna e infantil.

De nenhuma maneira, o assessoramento coercitivo é compatível com o ordenamento jurídico espanhol. Sobre este tema, nada de específico oferece a regulamentação espanhola, ressalvado (se a admitimos como tal) o “desaconselhamento” da transferência de pré-embriões *in vitro*, no caso de apresentarem doenças hereditárias (art. 12.1 da Lei 35/1988); assim como de que se deve informar especificamente à mulher “dos possíveis riscos para a descendência e dos derivados da idade inadequada, durante a gravidez.” (art. 6.2 da Lei 35/1988). Em ambos os casos, parece-me excessivamente cautelosa a previsão, pois tanto num como noutro caso, o médico deveria rejeitar a adoção do procedimento de reprodução assistida correspondente, por razões de *lex artis*, entre outras. Com efeito, embora seja certo que a mulher ou o casal podem tomar as decisões reprodutivas que consideram convenientes no exercício do direito à intimidade ou ao respeito da vida privada, desnaturalizar-se-iam os objetivos que a própria Lei fixou (art. 1.2 e 3), se se utilizassem as técnicas de reprodução assistida com o fim de proporcionar o evitável nascimento de crianças com graves anomalias.

Mais particulares podem ser os problemas quando há, excepcionalmente, discrepâncias sobre a transmissão da informação entre os próprios consulentes. Dessa maneira, um dos membros do casal pode opor-se a que se comunique ao outro os resultados das provas. Se se tratar de um conselho genético relativo a um diagnóstico pré-conceptivo, isto é, da capacidade de reprodução do ou da consultante (do ponto de vista de ter uma descendência geneticamente sadia), dever-se-á respeitar sua decisão de reserva ou confidencialidade (sem que represente nenhum obstáculo o que diz a esse respeito o art. 10, n. 5 da *Ley general de sanidad, sobre a transmissão da informação ao requerente e a seus familiares ou pessoas próximas*), ressalvadas as diferenças que se fazem mais adiante; o mesmo se se tratar de um diagnóstico pós-natal. No entanto, se se referir a um diagnóstico pré-implantatário nos quais o varão é o marido não separado e é o pai biológico ou consentiu na inseminação de seu cônjuge com sêmen de doador, a informação deve ser transmitida a ambos (em favor dessa interpretação, o art. 13.3a da Lei 35/1988).¹⁷ sem prejuízo das decisões posteriores que possam caber a cada um deles de acordo com a legislação vigente (à mulher no aborto; ao marido no consentimento

17. O art. 13.3.a reza o que segue: “3. A terapia a ser realizada em pré-embriões *in vitro*, ou em pré-embriões, embriões e fetos, no útero, só será autorizada se se cumprir os seguintes requisitos: a) Que o casal ou, quando for o caso, a mulher só, tenha sido rigorosamente informados sobre os procedimentos, investigações diagnósticas, possibilidades e riscos da terapia proposta e as tenha previamente aceitado.

da transferência do embrião obtido do doador, etc.). Em relação a esta última hipótese, seria possível chegar à mesma conclusão em relação ao homem não casado que consentiu expressamente na fecundação por doador (art. 8.2 da Lei 35/1988); é mais que duvidoso que este tenha direito de ser informado a respeito do diagnóstico pré-natal do feto concebido com sua esposa, pois a Lei não lhe faz menção neste caso.

1.3.2. Confidencialidade na utilização da informação obtida

Gostaria de ressaltar algumas situações conflituosas que podem apresentar-se como consequência do diagnóstico ante-natal. Trata-se simplesmente da situação difícil em que se encontra o médico quando o diagnóstico confirma efetivamente a existência (no feto ou nos consultantes) de genes patológicos, potenciais transmissores de doenças hereditárias à descendência: revelar pessoalmente esse risco aos familiares dos consultantes ou confiar em que estes o comuniquem, para que os referidos familiares tomem, por sua vez, as medidas de consulta ou preventivas adequadas, se isso considerem conveniente. De acordo com o proposto anteriormente, é a segunda alternativa a aplicável. Tenha-se em conta que se estes familiares são ainda crianças, o risco recai em primeiro lugar neles mesmos, já que é possível que o gene deletério responsável não se tenha expressado ainda e por tal motivo, a doença se encontre em fase de incubação ou se revele uma predisposição à mesma; o conhecimento desta circunstância seria vital para poder submeter-lhes ao tratamento adequado.

Quanto a outros aspectos referentes à temática da confiabilidade, deles já nos ocupamos anteriormente e a eles nos remetemos.¹⁸

1.4. *Decisões dos consultantes como consequência do assessoramento genético*

São diversas as decisões que podem adotar os consultantes, em função dos resultados obtidos das diversas provas e da situação concreta na que foi realizada a consulta. Por enquanto, só podemos enumerá-las, sem entrar ainda nos muitos aspectos que exigem¹⁹ partindo da hipótese comum (a realmente problemática) de que tais resultados manifestam riscos mais ou menos relevantes:

18. V. Capítulo II, 2, 2.2.

19. V., mais adiante, Capítulo IV e também Carlos M. ROMEO CASABONA. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994, pp. 193 e ss.

1. Antes de ter descendência (diagnóstico pré-conceptivo): a) prevenção da natalidade, adoção de medidas anticonceptivas, de acordo com a norma específica que as regule, esterilização voluntária, ressaltando-se que só é necessário o consentimento do membro do casal que decida submeter-se a esta medida; b) consecução da natalidade sem riscos para a descendência, recurso às técnicas adequadas e clinicamente disponíveis de reprodução assistida (p. ex., recurso a doador de gametas ou de embriões), nos termos da Lei,²⁰ seleção do sexo para prevenir doenças hereditárias ligadas ao sexo, terapia gênica nos gametas, sobre a qual, na legislação espanhola vigente, não se inferem previsões claras. Quanto às técnicas pré-conceptivas de seleção do sexo (mediante diafragmas ou medicamentos) sem finalidade preventiva, nada pode ser objetado do ponto de vista jurídico, se circunscritas ao âmbito de intimidade do casal.²¹

2. Antes da transferência do embrião *in vitro* à mulher (diagnóstico pré-implantatório): a) terapia gênica no embrião, seguindo as condições que estabeleça a Lei,²² seleção de embriões ou do sexo do embrião, pelos mesmos motivos mencionados acima, se se busca evitar a transmissão de doenças hereditárias;²³ b) rechaçar sua implantação para a procriação.

3. Durante a gravidez (diagnóstico pré-natal): a) aborto por indicação eugênica, nos termos previstos pelo art. 417 do CP; b) terapia fetal (de qualquer natureza), de grande potencialidade futura, mas de limitadas possibilidades na atualidade, podendo produzir conflitos com a mãe se esta rejeita a terapia, justificadamente ou não; c) seleção do sexo, sem motivação patológica, (isto é, fora da hipótese geral tomada como ponto de partida): não costuma ser compatível com as legislações, que acolhem o sistema das indicações, mas estaria de acordo com a solução do prazo.²⁴

4. Como consequência de um diagnóstico pós-natal: a) medidas terapêuticas: tratamento eugênico (dietético, eliminação de produtos metabólicos, administração de produto deficitário, etc.) paliativo ou sintomático, gênico-somático, etc. A principal questão que poderia surgir do ponto de vista jurídico seria a relativa a toda experimentação terapêutica, com seus requisitos de existência ou não de alternativas,

20. P. o regime espanhol, v. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.*, cit., pp. 233 e ss.

21. Desde o ponto de vista ético, V. Jack MAHONEY, *La ética de la selección del sexo*, in "Labor Hospitalaria", n. 218, 1990, pp. 329 e ss.

22. Para o Direito espanhol, v. art. 13.3 da Lei 35/1988.

23. V. art. 20.2.B.n, da Lei 35/1988.

24. A AIDP, em seu Colóquio sobre *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques*, rejeita a utilização do diagnóstico pré-natal com fins de seleção sexual, por meio do aborto. V. AIDP, cit., p. 1333.

ponderação de riscos e vantagens, consentimento informado, etc.; b) eutanásia neo-natal: encontra-se proibida em todos os ordenamentos jurídicos, sem prejuízo da especial complexidade que implica a interrupção ou não iniciação de um tratamento aparentemente vital.

5. Decisão alternativa comum às situações anteriores: assumir o risco de uma descendência com malformações hereditárias. Não há disposição que impeça esse risco, nem o ordenamento jurídico espanhol poderia impedir nesse sentido uma lei futura, por sua provável oposição à Constituição de 1978, exceto do já indicado, em relação às técnicas de reprodução assistida. De qualquer maneira, o maior conhecimento, que se está adquirindo nestes temas, abre as portas a uma nova discussão sobre as medidas de eugenia negativa (anticoncepção, esterilização e aborto) e sobre limites à reprodução, que já conta com exemplos legislativos comparados (p. ex., o da República Popular da China), como veremos mais adiante.

2. As provas e os diagnósticos genéticos

A realização das provas adequadas em relação a cada modalidade de diagnóstico que se estuda em continuação, deve adaptar-se às exigências gerais do consentimento informado, como adiantamos anteriormente; a informação deverá ser dada, em particular, pelo médico consultor com especial cuidado, sobretudo quanto aos objetivos que se pretendem atingir e aos riscos que contêm as provas para os consultantes, sobretudo, para a mãe gestante e o feto, assim como, inclusive, às margens de erro que apresentam aquelas provas, em relação aos resultados. Deve-se ter também em mira as possíveis margens de erro dos resultados das provas realizadas.²⁵ Dadas as características dos diagnósticos pré-conceptivo e pré-natal, bastaria também para estes o consentimento informado da paciente menor com capacidade natural de juízo (pense-se, p. ex., se está grávida), sem que possam impor seu critério nem o médico, nem os pais.²⁶

A esse respeito, o Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano, com relação às aplicações da Biologia e da Medicina, assinala que as provas preditivas de doenças genéticas ou suscetíveis de identificar a uma pessoa como portadora de um gene responsável por uma doença, ou

25. Neste sentido é de ampliar-se a informação em atuações complexas, como o é o diagnóstico pré-natal, HARICHAUX, *Diagnostic prénatal: les obligations et les risques*, cit., p. 444.

26. V., neste sentido, Recomendação R (90) 13 (princípio 8).

de uma predisposição ou suscetibilidade genética a uma doença “unicamente poderão ser realizadas apenas com fins médicos ou de investigação médica e acompanhados por um conselho genético apropriado” (art. 12).

2.1. O diagnóstico pré-conceptivo

O diagnóstico pré-conceptivo refere-se à informação que presta o médico a um casal – casado ou não – ou a uma pessoa só, antes da gravidez, sobre os riscos de conceber um filho com enfermidades ou malformações de origem genética ou hereditária. O sujeito desse diagnóstico são o filho desejado ou os progenitores potenciais.

O recurso a este tipo de provas tem sido tradicionalmente motivado pelo nascimento, na família, do primeiro filho com malformações de origem genética, mas está aumentando o hábito de a elas recorrer como diagnóstico “preditivo” baseada em fatores de risco firmados, sobretudo, em antecedentes familiares já conhecidos, sem esperar o aparecimento de um filho afetado. Tem, além disso, outras aplicações, mas dirigidas igualmente ao mesmo fim global. Assim, como política de saúde pública pode servir para investigar grupos populacionais, se algum dos referidos grupos apresenta particularmente alto risco de transmissão e padecimento de anomalias de origem genética, que é o que chamamos *rastreamento* (*screening*) genético, e pode ser realizado tanto em homens como em mulheres, inclusive grávidas, sendo nesse caso um diagnóstico pré-natal.

Três são os problemas que suscitam o emprego desta prática nos diversos casos:²⁷ 1.º a ponderação de seus potenciais riscos e vantagens; 2.º a utilização de recursos escassos para estas provas; e, 3.º sua voluntariedade ou obrigatoriedade. Uma questão similar à do primeiro ponto (a possível responsabilidade penal ou civil por uma inadequada ponderação) será vista mais adiante em relação à amniocentese, embora esta apresente maiores riscos. A segunda é um importante assunto, presente em quase todos os campos ligados à saúde, que afeta às políticas econômicas e de prioridades em matéria de assistência sanitária pública. Mas do ponto de vista dos direitos fundamentais da pessoa, o último aspecto mencionado é o mais relevante, na medida que costuma suscitar questões de eugenia, inclusive como política

27. Leroy WALTERS, *Ethical Perspectives on Maternal Serum Alpha-Fetoprotein Screening*, K in “*Contemporary Issues in Bioethics*” (Tom L. Beauchamp/ Leroy Walters, eds.), 2.ª ed., Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1982, pp. 486 e ss.

estatal para a redução ao máximo do nascimento de crianças com deformações ou doenças.²⁸

2.2. O diagnóstico pré-implantatório

O diagnóstico pré-nidamento, pré-implantatório ou pré-implantacional é realizado em embriões obtidos *in vitro* antes de proceder-se à sua transferência para a mulher, sempre se adotem as precauções a respeito de seu uso, dado sua complexidade (com alto risco de morbilidade e letalidade), suas limitadas aplicações na atualidade e o desconhecimento de alguns de seus efeitos.²⁹ No que se refere à divisão do zigoto em outros dois (nesta fase, os dois resultantes são totipotentes), e à realização do diagnóstico num deles para valorar assim a implantação do outro em face dos resultados obtidos,³⁰ a Lei não se opõe, de forma expressa, a isso, o que, não obstante, provoca dúvidas sobre sua conveniência.³¹

É comum que o diagnóstico pré-implantatório seja também acompanhado por aconselhamento ou assessoramento genético – não diretivo – para os futuros pais. Por outro lado, dado que permite selecionar o embrião por seu sexo (p. ex., com o fim de evitar a transmissão de patologias vinculadas aos cromossomos sexuais) ou por suas características genéticas, terá como efeito, por estes motivos, uma sensível diminuição dos abortos.

O diagnóstico pré-nidação ou pré-implantatório está permitido, de forma expressa, pela legislação de alguns países, como a espanhola,³²

28. V. cap. IV, 1.

29. V. EGOZCUE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 109 e s.; Noëlle LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, T.I. La Documentation Française, Paris, 1991, pp. 57 e ss.; Jacques TESTART, *La procréation artificielle*, Ed. Debate, Madrid, 1994, pp. 97 e ss.

30. Miguel A. SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 233 e s.

31. Hans-L. SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, in "Festschrift für Günter Schewe", Spring Verlag, Berlin, 1991, p. 128, entende que, conforme a Lei alemã de Proteção de Embriões de 1990, existiria o delito de clonagem (§ 6.º), o que não lhe parece satisfatório. Não se constituiria em delito segundo o Código Penal espanhol, que incrimina unicamente a criação de seres humanos por clonagem (art. 161.2; v. mais adiante, cap. VII, 4.3.2., b).

32. Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre *Técnicas de Reprodução Assistida*, art. 12.1: "1. Toda intervenção sobre o pré-embrião, vivo, *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou não, ou detecção de doenças hereditárias, a fim de tratá-las, se isso é possível, ou de desaconselhar sua transferência para a procriação". V. também art. 8.2.a da Lei 42/1988, na nota seguinte.

sempre que se persiga estas finalidades: avaliar sua viabilidade ou inviabilidade, detectar doenças hereditárias para tratá-las, se existir um tratamento indicado e é possível sua realização(terapia gênica na linha germinal), bem como para desaconselhar sua transferência a uma mulher para procriar, podendo valer-se para isso da tecnologia genética.³³ A respeito deste último inciso, depreende-se que, apesar de ter-se comprovado a presença de doenças hereditárias ou seu seguro desenvolvimento futuro, deverá ser respeitada a vontade da receptora ou do casal do qual provem o embrião pré-implantatório ou um de seus gametas, decidindo-se sua transferência (p. ex., no caso de não se dispor de outros embriões sadios ou de gametas para proceder a uma ulterior fecundação *in vitro*, como seria no caso do falecimento do varão). Em minha opinião, esta opção deveria ser excluída pelo simples fato de estarem sendo postas à disposição técnicas para favorecer a procriação e, sendo possível, dever-se-á garantir também que seja sadia. Não obstante, é necessário que se admita a dificuldade que representaria especificar quais doenças hereditárias não tratáveis *in vitro* (ou mais adiante, *in utero*, ou, inclusive, depois do nascimento) poderiam justificar a exclusão da transferência do embrião, mas a lista de doenças suscetíveis de terapia que menciona a Lei (art. 13.3.c) poderia servir como referência. O certo é que esta proposta de restrição não é imposta explicitamente pela Lei, mesmo que seus propósitos gerais induzam a prevenção de doenças (art. 1.3. da Lei 35/1988).

Na França, as previsões sobre o diagnóstico pré-implantatório são mais restritivas, pois se exige que um médico especialista certifique de que o casal, devido à sua situação familiar, tem uma grande probabilidade de dar à luz uma criança afetada por uma doença genética grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico. Além disso, é necessário que se tenha identificado previamente com precisão num dos pais a anomalia ou anomalias responsáveis pela referida doença, que estes tenham dado seu consentimento por escrito e que se estabeleça que o diagnóstico não poderá ter objeto diverso do da investigação da referida doença, assim como dos meios para preveni-la e tratá-la.³⁴ A Noruega regulamentou esta moderna técnica diagnós-

33. Segundo o art. 8.2.a da Lei 42/1988, de 28 de dezembro, *de doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células tecidos ou órgãos*: " 2. A aplicação da tecnologia genética poderá ser autorizada para a consecução dos fins e em casos que a seguir se expressam: a) com fins diagnósticos, que terão caráter de diagnóstico pré-natal, *in vitro* ou *in vivo*, de enfermidades genéticas ou hereditárias, para evitar sua transmissão ou para tratá-las ou curá-las.

34. Lei n. 94/654, de 29 de julho de 1994, relativa à doação e utilização de elementos e produtos do corpo humano, às técnicas de reprodução assistida e ao diagnóstico pré-natal, art. 162.17.

tica, exigindo que se trate de uma doença hereditária, sem possibilidade de tratamento.³⁵

2.3. O diagnóstico pré-natal

As descobertas no campo da genética humana estão permitindo a determinação e análise do componente genético fetal e graças, em parte, a elas, estão sendo abertas também as portas a medidas terapêuticas de diversa incidência no feto. Para isso está contribuindo a técnica do diagnóstico pré-natal como prática da medicina preditiva. Por diagnóstico pré-natal, podemos entender o conjunto de procedimentos de que dispõe a Medicina para recolher elementos de informação sobre defeitos congênitos do feto.³⁶ Ou, em termos mais precisos: "Todas aquelas ações pré-natais que tenham como objeto o diagnóstico de um defeito congênito, entendendo por tal toda anomalia do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular presente ao nascer (ainda que possa manifestar-se posteriormente), externa ou interna, familiar ou esporádica, hereditária ou não, única ou múltipla".³⁷

Por meio desta técnica diagnóstica, pode-se detectar a presença de uma doença ou uma malformação no feto, e, inclusive, predizer seu sexo, o que apresenta, por outro lado, relevância no descobrimento de enfermidades hereditárias ligadas ao sexo. Quando se trata de casais de alto risco de descendência com anomalias (incluída aqui a grávida com idade avançada), que é o mais usual, permite confirmar ou descartar a presença de alguma delas no feto. O feto é, conseqüentemente, o sujeito do diagnóstico pré-natal, sem prejuízo de que indiretamente possa servir também aos progenitores, levando a informação de que um deles é portador de um gene deletério transmitido ao feto e, por conseguinte, corre também risco de padecer, no futuro, a doença detectada. O

35. Lei n. 56, de 5 de agosto de 1994, sobre as aplicações biotecnológicas na medicina, artigo 4.2: "Utilização do diagnóstico pré-implantatório. Unicamente poderá ser realizado o exame genético de um embrião em casos especiais nos quais exista uma doença hereditária incurável sem possibilidade de tratamento, conforme o previsto n. art. 2.10. A Coroa poderá estabelecer requisitos pormenorizados em relação à realização de diagnósticos pre-implantatórios".

36. V. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico*, cit., p. 6 Marie CHOQUETTE, *Nouvelles technologies de la reproduction. Etude des principales législations et recommandations*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, Québec 1986, p. 29.

37. José M. CARRERA, *Diagnóstico prenatal: un concepto en evolución*, in "Diagnóstico prenatal" (J. M. Carrera, ed.), Ed. Salvat, Barcelona 1987, p. 5, seguindo a definição dada sob o auspício da OMS.

diagnóstico pré-natal integra-se no processo de aconselhamento genético, anterior e posterior ao mesmo, do qual não deve ser separado.

São diversas as técnicas de que dispõe a Medicina hoje para detectar prematuramente anomalias fetais de diferentes natureza e precisão: ecografia, embrioscopia e fetoscopia, radiografias, coriocentese, funiculocentese, ou acesso direto ao sangue fetal, amniocentese, extração de sangue da mãe, lavagem uterina, etc.³⁸ A amniocentese (precoce ou tardia) é a que permite na atualidade diagnosticar um maior número de doenças congênitas derivadas de aberrações cromossômicas, desequilíbrios metabólicos, do tubo neural, enfermidades genéticas não hereditárias, vinculadas ao sexo, situações de predisposição (diagnóstico preditivo) de doenças que aparecerão na infância ou idade adulta, etc.³⁹

Estas técnicas apresentam ainda certos riscos quando são invasivas, podendo ocasionar perda fetal (aborto espontâneo, morte no útero e natimortos), lesões e infecções fetais, perturbações neonatais, e complicações para a mãe (perfuração visceral, descolamento prematuro da placenta, ruptura precoce da bolsa placentária com conseqüente perda do líquido amniótico, infecção, síncope e morte da mãe, contrações uterinas e trabalho de parto prematuro, hemorragia *postpartum*). Daí insistir-se em seu não oferecimento indiscriminado e injustificado, com o fim de evitar estes riscos quando não exista motivo suficiente para sua realização.⁴⁰ Não obstante, se tem constantemente aperfeiçoado e reduzindo progressivamente estes perigos inerentes aos testes, estando, por exemplo, os riscos de abortos pós-amniocentese situados abaixo de dois por cento e, em cifras similares, o conjunto de riscos para a mãe.⁴¹

38. V., mais amplamente, CARRERA e outros, *Diagnóstico...*, cit., pp. 161 e ss.; Comitê Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la santé, *Rapport: le diagnostic prénatal et perinatal. Le diagnostic d'une prédisposition*, Paris, 1985, pp. 4 e s.; Clarke FRASER, *Diagnostic prénatal des désordres génétique*, in "Cahiers de Bioéthique", n. 2 Québec, 1980, pp. 3 e ss.; Pedro de la FUENTE, *Diagnóstico prenatal de las cromosomopatías*, in "Diagnóstico prenatal e reproducción asistida" (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz - Ayuntamiento de San Roque, 1992, pp. 13 e ss.; Francisco GONZALEZ-GOMEZ, *Técnicas de diagnóstico prenatal guiadas mediante ecografía*, in "Diagnóstico Prenatal e Reproducción Asistida" (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz - Ayuntamiento San Roque, 1992, pp. 23 e ss.; Eduardo LOPEZ DE LA OSA GONZALEZ, *Diagnóstico prenatal*, in "Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas", cit., pp. 49 e ss.; USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, cit., pp. 301 e ss.

39. V. J. DIAZ-RECASENS / S. PALACIOS, *Amniocentesis: aspectos clínicos*, in "Diagnóstico prenatal" cit., pp. 177 e ss. e nota anterior.

40. V. HARICHAUX, *Diagnostic prénatal: les obligations et les risques*, cit., p. 440.

41. V. sobre estes aspectos as notas anteriores (em especial LOPEZ DE LA OSA GONZALEZ, *Diagnóstico prenatal*, cit., p. 61) e compare-se a redução de riscos

De qualquer maneira, a mulher grávida deve ser informada da incidência desses riscos, antes de tomar a decisão de submeter-se à prova.

Dado o amplo espectro de possibilidades diagnósticas que o diagnóstico pré-natal atende ou está em vias de oferecer, assinalamos as seguintes finalidades a que pode principalmente servir: a) tranquilizar os pais com antecedentes de alto risco no sentido de que o feto não apresenta malformação ou doença de nenhuma espécie; b) permitir o tratamento (gênico, cirúrgico, medicamentoso) do feto para curar ou mitigar certas anomalias que apresente ou terapia fetal; c) indicar o modo de realizar o parto, de acordo com as malformações que apresente o feto (p. ex., uma cesárea); d) determinar o tratamento a ser adotado com o recém-nascido, ocorrido o parto, ou momento posterior (Medicina preditivo-preventiva); e) decidir sobre o aborto eugênico quando seja permitido por lei, naqueles países que adotaram o sistema das indicações ou dos prazos ou uma combinação de ambos; f) decidir o aborto como método de seleção do sexo, se há permissão legal; g) assumir o filho que provavelmente apresentará anomalias, ou preparar os tramites legais para sua adoção por terceiros ou seu ingresso em instituição para crianças abandonadas.⁴² A decisão sobre estas opções dependerá das convicções pessoais dos pais e em relação a algumas delas, da situação legal em cada país, como o aborto.

De qualquer maneira, diante deste leque de possibilidades que oferece o diagnóstico pré-natal, que permitirá, em definitivo, uma melhor atenção obstétrica e neo-natal, deve-se assinalar que não ocorrerá um aumento indiscriminado no número de abortos praticados no futuro, graças aos avanços atingidos nos últimos anos pela perinatalogia⁴³ e que permitirá reduzir cada vez mais os casos de mera probabilidade (ou presunção) em favor dos de certeza, sem, é óbvio, eliminar por completo aqueles.⁴⁴ No entanto, o recurso ao diagnóstico pré-natal na atualidade está todavia motivado, na maioria dos casos,

experimentada nos últimos anos com a informação fornecida por Marianne VERJAAL / Nico J. LESCJHOT, *Risk of Amniocentesis and Laboratory Findings in a Series of 1.500 Prenatal Diagnoses*, in "Prenatal Diagnosis", v. 1, pp. 173-181; Louise A. KNIGHT / John MANN, *Maternal Contamination in Prenatal Diagnosis*, in "Prenatal Diagnosis", v. 3, 1983, pp. 155 e s. Stella M. ESRING / Donna E. LONARDI, *Spontaneous Abortion after Amniocentesis in Women with a History of Spontaneous Abortion*, in "Prenatal Diagnosis", v. 5, 1985, pp. 321-328.

42. V. Tabitha M. POWLEDGE/ John FLETCHER, *Recommandations concernent les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal*, in "Cahiers de Bioéthique", n. 2, Québec, 1980, p. 92.

43. CARRERA, *Diagnóstico prenatal: um conceito en evolución*, cit., p. 8.

44. V. Stephan CRAMER, *Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie*, in "Medizinrecht", 1992, p. 15.

pelo temor fundado, por parte dos progenitores, de que o feto apresente anomalias graves e, confirmadas essas por seu intermédio, optar por não ter o filho e pela interrupção da gravidez pois, do contrário, isto é, não se contando com esta possibilidade, o diagnóstico pré-natal apresenta, em geral, um interesse menos relevante, dadas as escassas possibilidade de recorrer a opções diferentes. Não obstante, é certo que, de outro ponto de vista, pode conferir maior confiança a respeito da oportunidade de tentar a gravidez por parte dos casais com risco de transmitir doenças aos filhos, sem ter de renunciar de saída e de forma absoluta, a tê-los já que o diagnóstico pré-natal, como acen tuamos, contribui ao esclarecimento das incógnitas sobre a saúde do futuro filho e na decisão de continuar ou não a gravidez graças à informação que pode ser obtida no curso desse diagnóstico. Formula também outros dilemas, como sua instrumentalização como meio eugênico negativo (aborto), a responsabilidade dos pais na tomada de suas decisões, a responsabilidade dos profissionais sanitários sobre a apresentação das provas correspondentes, sua prática e interpretação corretas, a possível redução de recursos sociais para os menos favorecidos, a confidencialidade dos dados genéticos, etc.

Na perspectiva do *nasciturus*, o diagnóstico pré-natal revela características ambivalentes, quer para beneficiar seu desenvolvimento vital durante a gravidez ou depois do nascimento, quer para decidir pelo aborto, mas somente no caso em que o referido diagnóstico confirme as suspeitas de malformações que motivaram sua realização e, nessa hipótese, sempre que ponham a nu a probabilidade e a gravidade que exige lei, a respeito delas, como pressuposto do aborto de acordo com o sistema das indicações e conforme este sistema legal ou o dos prazos possam pesar na decisão final da mãe.⁴⁵ Por tal motivo, não há inconveniente em qualificar o diagnóstico pré-natal como medida equiparável às terapêuticas, como qualquer outro procedimento diagnóstico, desde que seja destinado ao *tratamento* do feto na medida das possibilidades a respeito existentes.⁴⁶ Ter-se-á de considerá-lo, por conseguinte, penalmente atípico, no sentido de que não se apresentam os elementos – do tipo – do delito de lesões corporais em relação às possíveis atuações no corpo da mãe ou no do embrião para obter

45. Hans – Sudwig GÜNTHER, *Pränatale Diagnose und pränatale Therapie genetischer "Defekte" aus strafrechtlicher Sicht*, in "Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, Strafrechtliche Schranken?" (H.L. Günther e R. Keller, eds.), J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987, pp. 226 e 228 e s.

46. Neste sentido, Albin ESER, *Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán*, in "Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales", 1985, p. 351; Pedro J. MONTANO, *La responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías de la procreación*, Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1991, p. 75.

o diagnóstico, porquanto se pressupõe um benefício para aquela ou para este ou para ambos. Para isso, será necessária a comprovação da indicação do diagnóstico, com a correspondente ponderação de riscos e vantagens,⁴⁷ e a atuação conforme a *lex artis*, além disso do consentimento informado da mãe.⁴⁸ Dentro desta noção estão incluídas as técnicas diagnósticas que possuem todavia um certo componente experimental (experimentação terapêutica),⁴⁹ como ocorre até certo ponto com a amniocentese, por exemplo. Se o diagnóstico é realizado com vistas a um possível aborto, dada a insignificância das lesões produzidas com as provas diagnósticas (equivalentes a pequenas lesões corporais), ficariam elas cobertas pelo consentimento da grávida, que é quem as sofre em primeiro lugar.⁵⁰

A licitude do diagnóstico pré-natal no direito espanhol é avalizada pela Lei 35/1988, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, quando estabelece que "toda intervenção sobre o embrião no útero ou sobre o feto, no útero ou fora dele, vivos, com fins diagnósticos, não é legítima se não tem como objetivo o bem-estar do *nasciturus* e o favorecimento de seu desenvolvimento, ou se está amparado legalmente" (art. 12.2); inclusive se permite expressamente aqui também a utilização da tecnologia genética para o diagnóstico pré-natal.⁵¹ Por conseguinte, só está permitido o diagnóstico, em primeiro lugar, quando é um instrumento utilizado em benefício do feto; deve-se interpretar que se exclui o diagnóstico realizado com fins de investigação ou experimentação ou outros não terapêuticos.

A lei⁵² encarrega o governo espanhol da confecção de uma lista de doenças genéticas ou hereditárias que possam ser detectadas com o diagnóstico pré-natal, para efeito de prevenção ou terapia, lista que ainda não foi aprovada; esta situação suscitaria a dúvida de que tais provas não estão permitidas enquanto não ocorrer a publicação; certo é que o art. 12 não condiciona a realização das provas diagnósticas à existência dessa lista, diferentemente do que poderia ser interpretado em relação aos requisitos estabelecidos para a terapia embrionária (do

47. Para GÜNTHER, *Pränatale ... cit.*, p. 232, por faltar a indicação, a tipicidade de lesões corporais contra a mulher se basearia nesse caso no fato de que o consentimento daquela seria ineficaz, por não sustentar-se já numa informação médica adequada.

48. V. art. 13. 3 da Lei 35/1988, já cit.

49. GÜNTHER, *Pränatale.. Diagnose und pränatale Therapie genetischer "Defekte" aus strafrechtlicher Sicht.*, cit., p. 230.

50. De outra opinião, para o Direito alemão, ESER, *Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán.*, cit., pp. 351 e s.

51. Conforme o art. 8.2.a, Lei 42/1988, citado anteriormente.

52. Disposição final primeira, letra d.

embrião *in vitro* ou já implantado no útero de uma mulher) e fetal. Por outro lado, a hipotética importância que poderia ter a aprovação dessa lista, em relação à prática do aborto por motivos eugênicos, ao limitar a indicação do diagnóstico pré-natal em relação a determinadas doenças graves nela coligidas, poderia levar a pensar que tais doenças somente sustentariam a indicação do aborto (dependendo, ademais, das características concretas de gravidade, probabilidade, etc. que se apresentasse em cada situação). Dito de outra maneira, a “gravidade” das doenças a que faz alusão o Código Penal, em relação a esta indicação do aborto, seria assim estabelecida de forma fechada (sistema do “*numerus clausus*”) por essa lista, quando aprovada. No entanto, este critério geral está claramente excluído para o aborto. Com efeito, o segundo inciso do preceito transcrito, de reconhecimento legal do diagnóstico para outros fins (“ou se está amparada legalmente”), refere-se ao aborto eugênico, previsto no Código Penal (art. 417 bis 1 2.^a), para o qual requer previamente a emissão de um juízo por dois especialistas, que terão por base um diagnóstico pré-natal e o correspondente prognóstico (art. 417 bis. 1 2.^a: “que se presume que o feto nascerá...”).

A este respeito, é necessário que se leve em consideração o fato de que há posições que consideram inconveniente estabelecer uma lista de doenças ou anomalias que poderiam justificar o recurso ao diagnóstico pré-natal, dados os constantes avanços científicos neste âmbito, as consideráveis variações que se podem apresentar em relação à natureza, gravidade e prognóstico daquelas enfermidades e anomalias, e que poderiam ser fonte de estigmatização em relação ao modelo de normalidade de referência; ao contrário, propugna-se definir um marco geral, a partir do qual se decidiria sua realização em atenção a cada caso concreto.⁵³

No Direito comparado,⁵⁴ o diagnóstico pré-natal está regulamentado em vários países, como França,⁵⁵ Índia⁵⁶ e Noruega,⁵⁷ com critérios em geral mais restritivos que a regulamentação espanhola, começando

53. Neste sentido, Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology of the European Commission, *Opinion on the ethical aspects of prenatal diagnosis*, n. 6, 20 de fevereiro de 1996 (2.1).

54. V. Th. KIENLE, *Bioethik und Pränataldiagnostik in Europa*, in “Zeitschrift für Rechtspolitik”, n. 7, 1996, pp. 253 e ss.

55. Lei n. 94/654.

56. Lei n. 57, de 20 de setembro de 1994, sobre Técnicas de diagnóstico pré-natal (regulamentação e prevenção de sua utilização abusiva), que estabelece as enfermidades detectáveis assim como a situação ou antecedentes da mulher grávida que permitirão a realização do diagnóstico pré-natal (art. 4).

57. Lei 94/654, que introduz no Código de Saúde Pública o art. 162.16: “Por diagnóstico pré-natal, serão entendidas as práticas médicas dirigidas a detectar in

pelos requisitos e autorizações dos centros e profissionais aptos para realização destas provas.

Do mesmo modo que, em relação ao diagnóstico pré-conceptivo e ao rastreamento genético, o diagnóstico pré-natal suscitou também a discussão em torno do seu caráter voluntário e obrigatório, tema para o qual me remeto ao mesmo lugar.

2.4. O diagnóstico pós-natal

O diagnóstico pós-natal é uma especialidade indicada a neonatos, crianças e adolescentes e a pessoas pertencentes a grupos populacionais com maior incidência de certas enfermidades genéticas (portadores assintomáticos de surgimento precoce ou tardio), como a betatalassemia, em algumas comunidades mediterrâneas, a enfermidade de Tay-Sachs e de Gaucher, na população judia ashkenazi originária da Europa Oriental, e a anemia falciforme, na população negra dos Estados Unidos.⁵⁸ Em concreto, estas provas genéticas podem servir para o diagnóstico de uma doença, para o diagnóstico pré-sintomático, para o diagnóstico preditivo⁵⁹ e para detectar e descartar a possibilidade

utero no embrião ou feto uma doença especialmente grave. Deverão ser precedidas de uma consulta médica de assessoramento genético. As análises de citogenética e biologia dirigidos a estabelecer um diagnóstico pré-natal unicamente poderão ser praticadas, conforme os requisitos previstos mediante Decreto ordenado pelo Conselho de Estado, nos estabelecimentos públicos sanitários e laboratórios de análise de Biologia médica autorizados de conformidade com as normas previstas nas disposições das Seções 1 e 2 do Capítulo II do Livro VII. As autorizações previstas no presente artigo serão expedidas por um prazo de cinco anos e serão concedidas mediante prévia ordem da Comissão Nacional de Medicina e Biologia da Reprodução e o Diagnóstico Pré-natal criada no art. L.184.3 e do Comitê Nacional da Organização Sanitária e Social. No que se refere aos laboratórios de análise de Biologia médica, a referida autorização equivalerá à inscrição na relação prevista no art. L.759. No seio de organismos e estabelecimentos de saúde públicos e privados sem fins de lucro serão criados centros de diagnóstico pré-natal pluridisciplinares. Suas missões e funções em relação com outros participantes em matéria de diagnóstico pré-natal e os requisitos de sua criação e aprovação se definirão mediante Decreto ordenado pelo Conselho de Estado". Segundo o § 2.º do artigo L.162.12 do Código de Saúde Pública: "Assim mesmo se se contemplasse a interrupção da gravidez devido a que existe uma grande probabilidade de que a criança por nascer esteja afetada por uma doença de especial gravidade, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico, um dos dois médicos deverá exercer sua atividade num centro de diagnóstico pré-natal pluridisciplinar".

58. ABRISQUETA, *Bases genéticas del asesamiento e cribados genéticos*, cit., pp. 44 e s.

59. Bénédicte RENAUD, *Le diagnostic postnatal de prédiction*, en "Le droit saisi par la Biologie. Des juristes au laboratoire" (Catherine Labrusse-Riou, de.), L.G.D.J., Paris, 1996, pp. 75 e ss.

de que o paciente seja portador de uma enfermidade hereditária grave que não se manifeste até gerações posteriores.⁶⁰

Em princípio, tal procedimento não apresenta diferenças marcantes do ponto de vista jurídico, em relação a qualquer outro procedimento diagnóstico não vinculado com possíveis enfermidades genéticas. No entanto, seu caráter de predição, como determinação de probabilidades ou, inclusive, de certeza de manifestação de uma doença, assim como a disponibilidade ou não de seu tratamento adequado, apresentam dilemas muito variados e de difícil solução, que não podemos analisar aqui: a oportunidade das análises genéticas se não há tratamento apropriado, o direito à informação e de não saber, a comunicação dos resultados à família biológica, etc.⁶¹

No mais, ficaria enquadrado no conjunto de ações ligadas a um posterior tratamento, que ofereceria, nesse caso, alguma particularidade adicional se se consistisse em terapia gênica na linha somática. Por outro lado, em relação ao recém nascido, poder-se-ia formular decisões eutanásicas em casos graves, mas isolados, de não existência de um tratamento adequado. Por este motivo, costuma-se propugnar que estes diagnósticos só sejam realizados quando se disponha de um tratamento eficaz que possa incidir de forma precoce nos casos mórbidos ou letais da doença.

3. A terapia gênica

3.1. O estado da questão

A engenharia genética está provocando diversas intervenções nos componentes genéticos do ser humano, dentre as quais se destaca a potencialidade que revela a terapia gênica, que, como é sabido, se refere à cura ou prevenção de doenças ou defeitos graves devidos a causas genéticas que atuam diretamente nos genes, mediante diversos procedimentos teóricos: a adição, modificação, substituição ou supressão de genes; mas as intervenções são realizadas, no momento, por meio da introdução no organismo do paciente, de células geneticamente manipuladas com o fim de substituição da função das defeituosas, de forma que se recorre hoje às técnicas terapêuticas chamadas como "*ex vivo*" e "*in vitro*". Trata-se de defeitos genéticos de índole diversa:

60. Legislação norueguesa, Lei 56/1994, prevê expressamente o diagnóstico pós-natal, mas o permite unicamente para os casos mencionados no texto, sempre que seja com fins médicos (arts. 6.1 e 6.2).

61. V. no Capítulo II, 2.2.

hereditários, quando são transmitidos pelos genes dos pais,; não hereditários, quando se produzem anomalias por erros imprevisitos na formação das células sexuais; e congênitos, quando ocorrem no desenvolvimento embrionário por diversas mutações. No momento, investigam-se intervenções para corrigir defeitos de origem monogênica, dadas as extremas dificuldades que apresentam nesse sentido as de origem poligênica e multifatorial (incluídos os fatores ambientais) e as aberrações cromossômicas (cromossomos excedentes, como a trisomia 21 ou a síndrome de Down ou ausentes). São constantes as descobertas que vinculam doenças freqüentemente graves ou mortais aos genes humanos (hemofilia, coreia de Huntington, talassemia, miopatia de Duchene, drepanocitose, retinitis pigmentosa, poloquistose renal, inclusive, esta vinculação se evidencia cada vez com mais fundamento, no câncer e nas possibilidades futuras em relação a algumas enfermidades adquiridas, como a AIDS). Ainda que se possa afirmar, com cautelas e reservas em sua valoração, e com um otimismo muito moderado sobre seu futuro imediato, estão ocorrendo progressos,⁶² de diversa envergadura, no campo da terapia gênica o que a coloca, com freqüência, na atualidade informativa, como foi o tratamento bem sucedido da imunodeficiência severa produzida pela deficiência na enzima adenina deaminasa (ADA).⁶³

A terapia gênica está suscitando, como é sabido, intensos debates filosóficos, éticos e jurídicos, pois a engenharia genética, da qual se serve, abrirá, ao mesmo tempo, as portas para a seleção ou aperfeiçoamento de determinados caracteres do ser humano que podem ser considerados "desejáveis"; isto é, a chamada eugenia positiva.⁶⁴ É certo que esta é ainda uma perspectiva distante, pois as intervenções em linha germinal que a possibilitariam não estão ao alcance dos investigadores, ressalvado o que se possa derivar das experiências realizadas com o rato ou outros modelos animais e, em linha somática, são ainda muito limitadas. A preocupação a respeito dessa *futurível*

62. Várias são precisamente as novidades recentes que sugerem a reflexão. Em novembro de 1994 nos meios de comunicação, divulgava-se a realização do primeiro ensaio de terapia gênica na linha germinal (em células reprodutoras) em um rato. Poucos dias depois, celebrava-se um *Encontro Internacional sobre Terapia Gênica*, em Valência, de excepcional relevância científica, organizado pela Fundação BBV, onde foram apresentadas as novidades mais significativas da investigação sobre terapia gênica na atualidade. Em dezembro de 1994, o *Grupo Assessor sobre as Implicações Éticas da Biotecnologia da Comissão Européia* emitiu um ditame sobre as "implicações éticas da terapia gênica".

63. V. Carlos ALONSO BEDATE, *Terapia gênica*, in "Genética humana", cit. pp. 245 e s.

64. V. Capítulo IV, 4 e 5.

terapia em linha germinal ou intervenção perfectível firma-se, ademais, no fato de que as modificações genéticas seriam transmitidas às gerações sucessivas da estirpe tratada. Tal inquietude não se suscita com a intervenção gênica – terapêutica ou aperfeiçoadora – na linha somática, pois as modificações genéticas só deveriam, em princípio, afetar o paciente tratado, não envolvendo suas células reprodutivas; não obstante, não se conhecem ainda, de modo suficiente, efeitos colaterais, como poderiam ser mutações gênicas imprevistas, inclusive, as das células germinais. Daí a necessidade de que se valore a terapia gênica com certa prudência e que se chame a atenção para a cautela que deveria presidir qualquer atuação nessa matéria

Por agora, mantém-se o sentir dominante, e segundo parece, tanto na comunidade científica, como na sociedade (manifestada por meio de especialistas em ciências humanas e sociais e de outros grupos de expressão) de não recorrer, na atualidade, a intervenções gênicas em linha germinal humana, inclusive para fins terapêuticos – insisto, quando isso seja possível no futuro – até que se possua a mais completa possível informação de todos os seus efeitos e potencialidades, momento no qual o debate deveria voltar à tona. Esse critério de moratória é sustentado pelo Grupo de Assessores da Comissão Européia em seu ditame, assim como já o fizera anteriormente – 1993 – em suas conclusões a “Declaração de Bilbao”, relatório de outro importante Encontro Internacional sobre os aspectos jurídicos do Projeto Genoma Humano, organizado na Espanha também pela Fundação BBV e a Deputação Foral de Bizkaia na Universidade de Deusto. Tal posição justificar-se-ia, ademais, porque isso, a final, afetaria “apenas” às possibilidades reprodutivas dos indivíduos, que têm à sua disposição a alternativa das técnicas de reprodução assistida (neste caso, necessariamente, mediante doador de um gameta, de ambos ou de embriões) ou da adoção. O que se quer dizer com isso é que não estaria em jogo, nesta situação, a vida ou a saúde de uma pessoa, que é o que sucede com a terapia na linha somática.

Com efeito, as potencialidades cada vez maiores, mas ainda muito limitadas, desta última modalidade de terapia gênica, os menores riscos aparentes que apresenta e, como acrescentava, afeta diretamente ao tratamento de doenças, em geral muito graves, de pessoas já nascidas, propiciou-lhe um clima mais favorável, inclusive a sua estimulação por meio da investigação clínica. Não obstante, defende-se a fixação de alguns limites ou precauções, em geral não novos, mas comuns conhecidos, o que se conhece por “experimentação terapêutica” ou “terapia experimental”, que a Associação Médica Mundial já identificara genericamente, na sua “Declaração de Helsinki”, atualizada em numerosas ocasiões.

Em resumo, inúmeras são as reflexões éticas e jurídicas que suscita a terapia gênica, mas, como podemos também comprovar, estão sendo resolvidas de forma equilibrada em atenção à investigação, à sociedade e ao benefício dos pacientes. Vejamos a seguir com mais pormenores quais são os aspectos jurídicos mais relevantes suscitados pela terapia gênica em suas duas modalidades a partir das anteriores observações.

3.2. Valoração jurídica da terapia gênica

Assim como costuma ocorrer com algumas atividades médicas novas (diagnósticas, terapêuticas), em fase de experimentação ou não consolidadas – sobretudo aquelas mais agressivas ou que afetem a partes mais vitais do ser humano –, algumas manifestações de aplicação das técnicas genéticas podem conter, em sua origem, graves perigos para a vida, a saúde ou a integridade da pessoa, inclusive em sua integridade genética, sem prejuízo dos imensos benefícios que se esperam obter durante os próximos anos para o ser humano. Geralmente, quando incidem sobre os já nascidos, os respectivos tipos culposos de homicídio e de lesões corporais podem satisfazer às exigências de proteção em relação a estas condutas, incluindo, em casos mui excepcionais, os dolosos (com dolo eventual ou, inclusive, com dolo direto), mas sem que se deixe de comprovar se os tipos dos delitos de lesões permitem efetivamente uma adequada proteção frente a determinadas ações genéticas no ser humano já nascido. Não obstante, é o conceito, assim como os gametas e o zigoto (em particular se estes últimos são transferidos a uma mulher) os que oferecem maiores dúvidas sobre os efeitos que podem ser produzidos no caso de manipulação em sua dotação genética e sobre os mecanismos jurídicos de proteção que estariam, em consequência, disponíveis frente a determinadas ações.

3.2.1. A terapia gênica em linha somática

A intervenção gênica em células somáticas implica, como é sabido, ações específicas nessas células sem que afete o padrão genético da pessoa que é a elas submetida, pois as referidas células não transmitirão as modificações sofridas à descendência, por não serem responsáveis pela reprodução, nem deveriam incidir nas que o são, isto é, nos gametas. No entanto, não são bem conhecidos ainda os efeitos que podem derivar desta forma de intervenção e, como já assinalamos, não fica descartada a possibilidade de que possam ser produzidas mutações genéticas espontâneas imprevisíveis que pudessem afetar inclusive as

células germinais. O certo é que, com esta atuação, pretende-se tratar doenças em geral graves de pessoas nascidas (ou do “*nasciturus*” implantado no ventre materno), assumindo-se que não se dispõe, no caso concreto, de outras alternativas terapêuticas mais confiáveis, motivo pelo qual se faz necessária, em princípio, a aceitação desse risco potencial.

Para a valoração jurídica da intervenção em linha somática, deve-se partir da premissa de que as células somáticas e seus componentes (inclusive o ADN) fazem parte da integridade pessoal (física ou psíquica do indivíduo), dentro do que poderíamos considerar como subcategoria de “integridade genética” e, por conseguinte, beneficiam-se da proteção jurídico-penal outorgada ao referido bem jurídico (o da integridade pessoal). Por tanto, podemos estabelecer as seguintes observações:

1.^a A terapia gênica em linha somática circunscreve-se, na sua qualificação jurídico-penal, à valoração jurídica de qualquer tratamento, sem prejuízo dos matizes que se deva ter em conta quando se trata de um tratamento novo ou em fase de experimentação isto é, do que constitua o que se conheça como experimentação terapêutica, a qual implica a submissão a diretrizes e limitações gerais comumente aceitas a respeito desta modalidade terapêutica. Sobre a terapia em linha somática, propõem-se especificamente na atualidade as seguintes condições: estrita ponderação dos riscos e benefícios que possam afetar o paciente; em particular, que esta forma de terapia seja oferecida como último recurso alternativo em virtude da falta de tratamentos convencionais presumivelmente eficazes e que se trate de uma doença grave; consentimento informado do paciente; submissão a protocolos rigorosos; igualdade de oportunidade de acesso aos mesmos por parte dos pacientes, dado que são tratamentos em geral ainda muito custosos; vigilância por comitês locais e nacionais, etc.⁶⁵

2.^a Neste sentido, a terapia gênica em linha somática, conforme a “*lex artis*”, não só é, em princípio, lícita, como também nem sequer realiza o tipo dos delitos de lesões corporais, do mesmo modo que se costuma sustentar em relação a qualquer outro tratamento médico estândar.⁶⁶

3.^a Qualquer outra ação não terapêutica, que comporte a alteração ou modificação dos componentes genéticos das células somáticas de

65. Neste sentido, o Comité National d’Ethique de Francia, em seu Ditame de 13 de dezembro de 1990, citado por LENOIR, *Aux frontières de ...* R. I., cit., p. 78. V. mais extensamente sobre as limitações da experimentação terapêutica, Carlos M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 155 e ss.

66. V. ROMEO CASABONA, *últ. lug. cit.*

uma pessoa, realiza o tipo do delito de lesões corporais, na medida em que importa numa depreciação em sua integridade corporal ou sua saúde física ou mental, dependendo o tipo aplicável das medidas assistências que sejam necessárias para sua saúde, de ser esta possível,⁶⁷ ou de qual seja a configuração destes delitos que resulte aplicável no Código Penal; não obstante pudessem ser aplicáveis outros delitos relacionados com manipulações proibidas no genoma humano.⁶⁸

4.^a Estas ações serão, no entanto, lícitas, se estiverem amparadas por uma causa de justificação, onde o consentimento do interessado (portador do bem jurídico protegido) exerça uma função primordial e a eficácia que o ordenamento jurídico correspondente em relação à integridade corporal ou à saúde reconheça ao referido consentimento.⁶⁹

3.2.2. A terapia gênica em linha germinal

Para a intervenções em linha germinal (células germinais: gametas e zigoto) deveriam valer, em princípio, os mesmos critérios que os propostos para as realizadas em linha somática. No entanto, há profundas diferenças. Com efeito, deve-se ter presente que aqui não estamos na realidade, formulando ainda a questão da proteção dos gametas e do zigoto (totipotentes) como tais, mas a capacidade reprodutora de indivíduos que apresentam anomalias em suas células reprodutoras ou que as manifestam imediatamente depois de sua união, embora tenha de atuar nessas células para curá-la.

Além disso, a terapia gênica em linha germinal formula outros problemas éticos e jurídicos mais graves, pois, apesar de que certamente poderá contribuir no futuro para erradicar defeitos genéticos nas estirpes submetidas a esta terapia, terá também efeitos de modificação definitiva do componente genético manipulado e de transmissão às gerações sucessivas, cuja transcendência para a espécie humana não se conhece ainda com precisão, o que torna impossível o controle de seus potenciais efeitos negativos. Os temores que despertam tais efeitos ainda desco-

67. V. arts. 147 e ss. do Código Penal espanhol.

68. V. cap. VII, 4.

69. No direito espanhol, freqüentemente através do n. 7 do art. 20 do Código Penal: exercício legítimo de um direito ou profissão, que pressupõe uma remissão à legislação específica que resulte aplicável, da qual ainda se carece. No entanto, em certos casos, seria possível orientar o tratamento jurídico que se reconhece à cirurgia estética, por poder apresentar similitudes importantes (p. ex., em relação à melhora de certas características físicas: eugenia positiva). Não obstante, no caso da intervenção gênica somática não terapêutica apresentam-se dilemas éticos e jurídicos mais profundos. V. Cap. VII, 4.3.2.a).

nhedidos levaram à proposição, por parte de alguns especialistas ou instituições⁷⁰ de uma proibição absoluta desta modalidade terapêutica, ou uma moratória até que se tenha mais informação sobre suas possibilidades terapêuticas, suas indicações e seus efeitos para o patrimônio genético.⁷¹ Por último há quem entenda que esta terapia não deve ser rejeitada pelo só fato de não ser ainda possível apreciar riscos reais para o ser humano, como espécie, enquanto não se estendam mediante a reprodução de outros seres humanos, o que, além disso, exigiria o transcurso de várias gerações, afirmação que não pode ser tomada como exata, posto que tal terapia se realizaria num número indeterminado de indivíduos, mas amplo de casos, de modo que o entrecruzamento horizontal de genes modificados poderia ser mais rápido.

Em consequência, procedem duas considerações. Em primeiro lugar, determinar o que deve ser entendido, nestes casos, por terapia em sentido estrito e sua possível diferenciação das manipulações que pretendem uma melhora genotípica ou fenotípica, mas não uma correção claramente patológica. Em segundo lugar, e posto que outras intervenções não terapêuticas em linha germinal serão transmitidas geneticamente à descendência, determinar se está presente algum outro bem jurídico que transcenda à coletividade digna de proteção e do qual seja necessária sua identificação, do que nos ocuparemos mais adiante. Finalmente, se deve ser lícita e permitida, em consideração a esta última apreciação, qualquer manipulação em linha germinal (terapêutica, eugênica ou experimental), ou se não o for — parcialmente pelo menos —, se a proibição deve ser transferida ao âmbito penal, ou seja, se deve constituir delito, formulação que também resolveremos adiante.

Tendo em vista a situação atual, parece mais prudente apoiar a tese da moratória, no que se refere exclusivamente à terapia em linha germinal,⁷² sem que, por ora, pareça oportuna a criminalização dessas

70. O Convênio sobre *Direitos Humanos e Biomedicina* do Conselho da Europa a proíbe expressamente: "Não poderá realizar-se intervenção sobre o genoma humano se não for para fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e sob condição de que não tenha por objetivo modificar o genoma da descendência" (art. 13).

71. Neste sentido, pronuncia-se a Declaração de Bilbao, no "Encontro Internacional sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano", celebrado de 23 a 26 de maio de 1993 na Universidade de Deusto, com os auspícios da Fundação BBV e da Deputação Foral de Vizcaya: "Até que permitam os avanços científicos e dado que não se conhecem as funções exatas de um só gene, é prudente estabelecer uma moratória na alteração de células germinais" (Conclusão 6.ª).

72. Neste sentido, a Associação de Direito Penal, em seu *XIV Congresso Internacional de Direito Penal* sobre "Direito Penal e Técnicas Biomédicas modernas", em sua Resolução 6.8, Seção II, em "Kongressakten", Viena, 1989, pp. 285 e s. prevendo, como garantia da moratória, o estabelecimento da pelo menos diretrizes deontológicas e/ou de uma política de autorização restritiva.

condutas, que deveriam permanecer no âmbito do ilícito administrativo e no da tomada de decisões sobre restrições, na concessão de fundos públicos de apoio a essas atividades, e na investigação das que sejam tributárias, sem prejuízo de admitir, como alternativa, que prévia aprovação de comitês de especialistas⁷³ possa no futuro ser efetuada com os referidos fins terapêuticos, em cada caso concreto, e prévia ponderação das garantias que se ofereçam de evitação de mutações ou aberrações não desejáveis. Para a valoração global da terapia gênica em linha germinal dever-se-á insistir, além disso, no fato de que está relacionada à reprodução humana, e que, por conseguinte, apesar de ser certo que a engenharia genética, no futuro, com toda probabilidade, contribuirá decisivamente para facilitar a descendência de pessoas, que correm hoje riscos de transmitir doenças ligadas à herança, o problema é o de decidir se, na atualidade, estas pessoas podem satisfazer seu desejo de ter filhos sadios, recorrendo à terapia em linha germinal sem que a Ciência esteja ainda suficientemente preparada para prevenir todos os seus efeitos negativos desconhecidos ou excluir tal risco e, com isso, que as pessoas afetadas se autolimitem ou desistam de ter filhos. Deve ser acrescida a estas reflexões a consideração de que, assim como foram tomadas medidas para controlar e limitar a Biotecnologia aplicada em laboratório sobre microorganismos com o fim de evitar sua liberação descontrolada no meio ambiente, em vista dos perigos que poderiam ser gerados para este e para o próprio ser humano,⁷⁴ parece lógico e mais justificado ainda que sejam adotadas também medidas limitativas em relação à intervenção no genoma humano. No entanto, devem ser, na atualidade, favorecidas social e legalmente – dentro do marco apropriado – as investigações no sentido de conhecer melhor esta modalidade de terapia, suas conseqüências e efeitos potencialmente prejudiciais ainda desconhecidos, assim como os procedimentos e técnicas de controle e evitação dessas conseqüências e efeitos.

3.3. A seleção do sexo para a prevenção de enfermidades

Questão distinta é a valoração que merece a seleção do sexo do futuro filho, por meio das técnicas de reprodução assistida, com o fim de evitar a transmissão de enfermidades vinculadas aos cromossomos

73. LENOIR, *Aux frontières...*, cit., p. 81, que entende que deverá ser pluridisciplinar e que deveria ser contrário, no estado atual da ciência, a qualquer experiência de terapia germinal, por carecer de todo valor científico e médico.

74. V. as Diretivas do Conselho da CEE, de 23 de abril de 1990, sobre *utilização confinada e liberação no meio ambiente de organismos modificados geneticamente*, respectivamente.

sexuais (p. ex., enfermidades relacionadas ao cromossomo X, como a hemofilia, distrofia muscular de Duchenne, etc.). Estas intervenções não implicam, em sentido estrito, nenhuma intervenção ou modificação do genoma humano, mas sim sua seleção parcial; a criança nascida por este procedimento não terá alterado seu genótipo, pois o herdará íntegro de seus progenitores. Por isso, não deve suscitar nenhum receio sua aceitação quando se trate de prevenir enfermidades graves.⁷⁵

A legislação de alguns países prevê de forma expressa a realização desta forma de tratamento. Exemplos são a Alemanha,⁷⁶ que parte da proibição penal (prisão de até um ano ou multa) como critério geral, permitindo-a, de forma excepcional, quando se trate da seleção de um espermatozóide realizada por um médico com o fim de preservar a criança de sofrer da distrofia muscular tipo Duchenne ou outra doença de semelhante gravidade admitida pelo órgão competente; na Espanha,⁷⁷ ao incluir expressamente as doenças vinculadas ao sexo, é possível sua seleção nos embriões pré-implantatários com este fim exclusivo.⁷⁸ Parece lógico que, se é possível, na prática das técnicas de reprodução assistida, prevenir doenças da descendência, sejam utilizados os meios científicos disponíveis (eugenia negativa), descartando-se a eugenia positiva.

4. A terapia pré-natal

4.1. Marco jurídico da terapia pré-natal

O previsível desenvolvimento futuro das possibilidades terapêuticas no embrião "*in vitro*", no embrião implantado e no feto, abre novas perspectivas. No primeiro caso, trata-se do acesso à descendência por meio das técnicas de reprodução assistida com a contribuição do próprio material de reprodução tratado previamente, sem ter que recorrer a gametas ou zigotos doados (isto é, que o filho poderá ser descendente genético de seus pais legais). Ou, no segundo, que diminuam os abortos por razões eugênicas com a possibilidade de correção de certas anomalias padecidas pelo feto.⁷⁹

75. V. neste sentido, Convênio sobre *Direitos Humanos e biomedicina*, cit., art. 14.

76. Lei de 13 de dezembro de 1990, sobre Proteção de Embriões, § 3.º.

77. Art. 8.2. c da Lei 42/1988.

78. V. Marcelo PALACIOS, *Selección del sexo y legislación vigente*, in "Hojas de Tecnología" (Ministerio de Sanidad y Consumo, Dirección General de Planificación Sanitaria, ed.), n. HT9002, p. 1.

79. Algum autor assinala, inclusive, que desaparecerão no futuro as indicações do aborto, com a possibilidade de tratamento do feto fora do corpo da mãe, quando

Enquanto examinamos, em alguns casos, a possibilidade de terapia gênica em linha germinal com todas as suas complexidades, a terapia fetal nos leva à singular situação de se encontrarem os médicos diante de um novo paciente que, diferentemente dos enfermos habituais, apresenta a particularidade de que este, o feto, se acha no corpo de outra pessoa: a mãe e, de um modo ou de outro, as ações terapêuticas ou mitigadoras fetais deverão inevitavelmente ser sempre praticadas através do corpo dela.⁸⁰ Daí ter o significado de paciente aplicado ao feto algumas implicações jurídicas muito peculiares e distintas, em particular no que se refere às lesões corporais infligidas à mãe (p. ex., se é nela necessário praticar uma cesárea ou outra intervenção cirúrgica para chegar ao feto; se lhe são também administrados medicamentos; e, possivelmente, a terapia gênica ou os riscos que esse tratamento pode representar para sua vida ou saúde, e tratamento que, com o consentimento da mãe, não a beneficia diretamente (embora não seja incomum a mãe apresentar, por sua vez, algum quadro patológico), mas sim ao ser que carrega em seu ventre. Não se deve esquecer também que a terapia fetal pode dar lugar a lesões no feto (assim como a terapia no embrião pré-implantatório), que se manifestam depois do nascimento, ou que, inclusive, como consequência delas, a criança nasce morta ou morra pouco depois de nascer. Por tais motivos deve-se ponderar com especial cuidado a indicação da terapia e a sujeição à *lex artis*, com o fim de prevenir riscos tanto para o feto, como para a mãe, se o tratamento, que se pretende realizar, encontra-se, em particular, em fase de experimentação. Por isso, a proporcionalidade entre o objetivo perseguido e os meios disponíveis e riscos representados pela intervenção adquire especial relevância na terapia fetal, assim como o fato de que, sem a terapia (mesmo encontrando-se esta em fase experimental) poder-se-ia optar pelo aborto.⁸¹ No caso do embrião pré-implantatório a alternativa é mais simples, pois consiste em sua não transferência à mãe, no caso de descartar-se a terapia gênica.

Partindo destes objetivos preventivos foram assinalados precisamente as seguintes condições como pressuposto da terapia fetal “in

se desenvolvam as placentas artificiais, para onde serão trasladados os fetos, de forma que a interrupção da gravidez poderá ser lícita sempre, ao não implicar necessariamente a interrupção da vida do concebido. V. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in “Giustitia” 1984, p. 21.

80. V. Wolfgang KAPP, *Der Fötus als Patient*?, in “Medizinrecht”, 1986, p. 276.

81. CRAMER, *Pränatale. Diagnostik und Fetaltherapie...*, cit., p. 15; GÜNTHER, *Pränatale. Diagnose und pränatale Therapie genetischer “Defekte” aus strafrechtlicher Sicht...*, cit., p. 239.

utero”;⁸² deve ser bem precisado o alcance das malformações fetais, assim como a existência de outras malformações acompanhantes, mediante as provas pertinentes; a malformação deve ser compatível com uma razoável expectativa de que a criança seja curada como consequência da terapia; a intervenção só está indicada se oferecer melhores expectativas quando é realizada antes do que depois do nascimento; em certos casos dever-se-á ponderar, em atenção à idade do feto, se um parto antecipado seguido de cirurgia neonatal apresenta perspectivas mais favoráveis que a cirurgia fetal; bem como se o desenvolvimento do feto compromete a irreversibilidade da malformação a menos que se pratique a intervenção; finalmente, deve-se valorar se a gravidez de gêmeos pode constituir uma contra-indicação para o feto sadio.

Em qualquer caso, e independentemente da solução mais adequada a estes problemas, não cabe a menor dúvida a respeito da licitude de qualquer ação terapêutica no feto que lhe ofereça razoáveis perspectivas de melhora,⁸³ sem prejuízo das reforçadas precauções mencionadas, tal qual dizíamos a respeito das provas diagnósticas prévias à ação terapêutica. O mesmo pode ser dito em relação à terapia pré-implantatória. Como veremos a seguir, a legislação espanhola permite ambas as modalidades de terapia.⁸⁴

Mesmo que sejam na atualidade situações ainda infrequentes apresentar-se-ão, no futuro, com toda segurança, quase, diríamos, como terapia habitual quando seja necessária, sem menosprezo de sua complexidade, que também deverá diminuir. Nos últimos anos foram descritas algumas das terapias fetais já disponíveis: administração de medicamentos à mãe durante a gravidez (p. ex., de glucocorticóides dados à mãe antes do nascimento no caso de deficiência pulmonar surfatante que conduz à imaturidade pulmonar e possível morte, logo depois do nascimento), indução do parto prematuro e correção do defeito “*ex utero*” (p. ex., hidronefrose obstrutiva progressiva, hidrocefalia obstrutiva progressiva, isquemia intestinal, hidropesia fetal), provocação do parto mediante cesárea eletiva (p. ex., gêmeos unidos, hidrocefalia externa severa, higroma quístico grande, onfalocele gigante ou rompida), intervenção cirúrgica “*in utero*”(hidronefrose bilateral).⁸⁵

82. Georges J. ANNAS/ Sherman ELIAS, *Perspectives on Fetal Surgery*, in “Genetics and the Law”(eds. A. Milunsky e G. Annas), Plenum Press, New York, 1985, p. 348.

83. GÜNTHER, *Pränatale. Diagnose und pränatale Therapie genetischer “Defekte” aus strafrechtlicher Sicht*, cit., p. 238.

84. Lei 35/1988, art. 1.3 e ar 13.1 e 2.

85. V. CARRERA, *Conduta obstétrica ante el diagnóstico prenatal de un defecto congénito*, in “Diagnóstico Prenatal”, cit., pp. 711 e ss.: L. NAVARRETE

Consideremos também a possibilidade do tratamento da incompatibilidade do fator Rhesus e da terapia gênica, seja de células somáticas, seja em linha germinal (neste caso, do zigoto "in vitro"), sobre cuja problemática jurídica, referi-me anteriormente.⁸⁶

Por sua vez, a Lei espanhola sobre Técnicas de Reprodução Assistida impõe certas restrições à terapia em pré-embriões "in vitro", ou em pré-embriões, embriões e fetos no útero. Em primeiro lugar, estabelece como marco geral que "toda intervenção sobre o embrião ou sobre o feto (vivos) no útero, ou sobre o feto fora do útero, se for viável, não terá outra finalidade terapêutica senão a de propiciar seu bem-estar e favorecer seu desenvolvimento" (art. 13.2). No entanto, não parece que uma finalidade terapêutica não seja o que precisamente assinala a própria Lei, isto é, de que sirva ao bem-estar e desenvolvimento do feto, pois inclusive a terapia experimental, com sua estrita ponderação de riscos e vantagens, está igualmente subordinada a esse fim, e também com caráter geral. Sobre o pré-embrião vivo *in vitro* assinala que não terá outra finalidade do que tratar de uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias razoáveis e aferidas (art. 13.1). Para impedir sua transmissão terá de entender que são destinatárias a mãe, quando lhe seja transferido, e a própria descendência futura do pré-embrião, se chega a desenvolver-se naquela.

Como requisitos estabelece que se trate de doenças com um diagnóstico muito preciso, de prognóstico grave ou muito grave (não se aprecia qual é a diferença entre ambas categorias, nem qual o motivo da exclusão de prognósticos menos graves, se está indicada a terapia em fase pré-natal, de forma preferente à pós-natal, e não contém riscos especiais para o embrião, nem para a mãe, de estar "in utero"), e quando ofereçam garantias, pelo menos razoáveis, de melhoria ou solução do problema (indicação da terapia no caso concreto com ponderação de riscos e vantagens, incluída a terapia experimental); que se disponha de uma lista de doenças em que a terapêutica é possível com critérios estritamente científicos;⁸⁷ que não se influa sobre os caracteres hereditários não patológicos, nem se busque a seleção dos indivíduos ou da raça (eugenia positiva); e que seja realizada em centros de saúde

e outros, *Terapêutica medicamentosa intrauterina* in "Diagnóstico prenatal", cit., pp. 763 e ss. John A. ROBERTSON, *The right to precreate and in utero fetal therapy*, in "The Journal of Legal Medicine", 1982, p. 343.

86. V. sobre isso, GÜNTHER, *Pränatale. Diagnose und pränatale Therapie genetischer "Defekte" aus strafrechtlicher Sicht.*, cit., pp. 239 e ss.

87. A Disposição Final Primeira, d, da Lei 35/1988 delega ao Governo (no prazo de seis meses desde a entrada em vigor da Lei) a confecção da referida lista, ainda não realizada.

autorizados, por equipes qualificadas e dotadas dos meios necessários (art. 13. 3).⁸⁸ Esta terapia pré-natal não poderia teoricamente ser realizada (nem no embrião "*in vitro*"), por ser o requisito da lista exigido, de forma expressa, pela Lei, diferentemente do que sustentamos acima em relação ao diagnóstico pré-natal. Como deverão tratar-se de doenças de diagnóstico grave ou muito grave, e posto que a transgressão a este requisito não representa infração nem, portanto, sanção, deve-se entender que é possível a aplicação da terapia sempre que sejam cumpridos os demais requisitos, em especial o de oferecer garantias sobre a melhora (por este motivo, é duvidoso, entretanto, que tal critério de flexibilidade seja aplicável ao embrião "*in vitro*", já que sua situação é a de contra-indicação de sua transferência a uma mulher, não a de uma doença ou deformidade que já sofra e que deva ser eliminada ou reduzida), ou seja, a indicação da terapia.

Quando a lista for aprovada, as doenças nela não incluídas não poderão ser objeto de tratamento pré-natal, enquanto não forem incorporadas àquela. É necessário também o consentimento informado do casal ou da mulher sozinha (art. 13.3. a); no entanto, quanto ao consentimento do casal, só é correto mantê-lo para a terapia do pré-embrião "*in vitro*",⁸⁹ e não quando seja praticado "*in utero*", pois nesse caso cabe conceder o referido consentimento à mãe de forma exclusiva, como veremos em seguida. A ampliação dos termos do requisito referido de "não influir sobre os caracteres hereditários não patológicos" permite pensar que a Lei espanhola não exclui, em princípio, a terapia gênica na linha germinal, para a qual é decisivo delimitar o que é patológico, e que não o é, ou tão somente diferencial ou aperfeiçoável, sem prejuízo das restrições que a lista de doenças mencionadas, quando seja publicado, possa introduzir a esse respeito. Com esta decisão, o legislador espanhol tomou partido num tema muito delicado que ainda está sendo objeto de intensos debates científicos, éticos e jurídicos nos foros nacionais e internacionais.⁹⁰

88. Os requisitos de autorização deverão ser explicitados e estabelecidos mediante Decreto Real, no prazo de seis meses a partir da promulgação da Lei, segundo prevê sua Disposição Final Primeira, a. Como se vê, a falta de desenvolvimento regulamentar até a data, agrava a inoperância desta Lei, além da provocada por algumas de suas deficiências e ambigüidades, mantendo numa ampla discrecionariedade de fato as faculdades dos centros que se dedicam a estas práticas, discrecionariedade que esta norma, precisamente pretendia limitar teoricamente.

89. Posto que não há risco para nenhum deles (até a transferência à mulher), e é por isso correto e plenamente justificado o critério legal.

90. V. p. ex., ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas...*, cit., p. 187.

Vinculada à terapia está também a criação de mosaicos genéticos. por meio da cirurgia, ao transplantar células, tecidos ou órgãos dos embriões ou fetos, biológica e geneticamente mortos, a enfermos, permitidos também pela Lei (art. 8.2.c da Lei 42/1988).

4.2. *Conflitos jurídicos na prática da terapia pré-natal*

As relações entre o feto e a mãe durante o curso da gravidez podem dar lugar a três tipos de conflito diferentes: os derivados das decisões da mãe referentes ao tratamento, à sua forma de vida e a seu trabalho.⁹¹ Por estar o primeiro mais diretamente vinculado ao nosso tema, daremos a ele especial atenção.

“É necessário que se destaque a particularidade da terapia fetal em sentido estrito, pois o mero fato do nascimento modifica radicalmente os pressupostos: os riscos para a mãe desaparecem por completo e o consentimento ao tratamento será regido pelas regras gerais aplicáveis aos casos das pessoas sem capacidade para consentir; nesses, serão os pais que deverão decidir sempre observando o interesse da criança e se houver uma recusa abusiva por parte daqueles ao tratamento, terceiras pessoas poderão também intervir (a autoridade judicial requerida pelo médico, o defensor judicial, art. 163. 3 do Código Civil espanhol), no interesse maior do paciente menor.”⁹²

Como sabemos, a vida do concepto é um bem protegido pelo Direito com independência da mãe, em concreto, punido como delito o aborto doloso,⁹³ ainda que se admita conhecidas exceções legais. No entanto, em sentido estrito, o Direito Penal não costuma proteger a saúde ou a integridade corporal do feto (salvo se se afete sua viabilidade, ou seja, a sua vida enquanto tal), nem sua morte produzida por imprudência (com a ressalva apontada), o que condicionou a resposta jurídica aos conflitos que pudessem ser originados ao pretender-se o início de uma terapia fetal.⁹⁴ No Direito espanhol esta situação modificou-se com o novo Código Penal de 1995, que acolhe o delito de lesões dolosas ou culposas ao feto (arts. 157 e 158), o

91. V. Barry FURROW e outros, *Medical Law. USA*, “International Encyclopedia of Laws”, vol. 2, Kluwer Publ., Deventer – Boston, 1994, pp. 148 e s.

92. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal...*, cit., pp. 314 e ss.

93. Por imprudência grave também é culposo. art. 146 do CP de 1995.

94. Não obstante, é conveniente lembrar que, no plano internacional, houve, pronunciamentos a respeito, como é o caso da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que, com seu alcance jurídico limitado já mencionado, reconhece o direito ao tratamento mesmo antes do nascimento (art. 4.º).

que importa integrar como bem jurídico protegido a integridade pessoal do feto, isto é, sua integridade corporal e sua saúde física e psíquica.

Por outro lado, a indicação eugênica do aborto requer a presunção de que o feto nasça com graves defeitos físicos ou psíquicos (art. 417 bis no 1.3a do C. P. espanhol). Seu sentido deve ser encontrado na importância e durabilidade desses graves defeitos, assim como no grau de sua reparabilidade; em outras palavras, não devem ser facilmente reparáveis, o que se refere não apenas à ação curativa dirigida ao feto, mas, além disso, que não importe graves riscos para a mãe. Se existe tal reparabilidade no sentido apontado, não terá cabimento a indicação do aborto, ainda que os defeitos sejam materialmente graves em si mesmos; enquanto que, se o tratamento fetal representa graves riscos, existirá a indicação e a mãe poderá solicitar o aborto. A própria fundamentação específica desta indicação avalizaria essa conclusão. No entanto, já admiti, em outro lugar,⁹⁵ que há neste ponto uma maior flexibilidade interpretativa na regulamentação espanhola que a adotada pela de outros países, como por exemplo, no Código Penal alemão,⁹⁶ que exige expressamente a não supressão do dano, condição não estabelecida, de modo expresse, em nosso Código Penal.

Os problemas começam quando superado o prazo para abortar de acordo com a indicação eugênica (vinte e duas semanas) ou com a solução do prazo (doze semanas) ou similar (p. ex., decisão última não condicionada da mulher; doze semanas também), se as anomalias das quais é portador o feto detectam-se ou produzem-se depois desse momento, ou quando tais anomalias não são qualificáveis de graves — mas também se se entende incorreto o critério proposto de reparabilidade —, pois em ambos os casos não existem os pressupostos da indicação que permite recorrer ao aborto. De qualquer maneira, o normal, o freqüente, é que a mãe, uma vez excluído voluntária ou forçosamente o caminho do aborto, deseje fazer todo o possível para que seu filho nasça em boas condições de saúde e queira colaborar no que for necessário para consegui-lo. Mas não se deve descartar a hipótese de que recuse o aborto, como poderia acontecer se, por exemplo, além de sua própria saúde, estejam envolvidas suas convicções religiosas, e de que não ofereça, nesse caso, iguais ou melhores perspectivas de retardar a intervenção terapêutica ao nascimento, pois ante tais circunstâncias a decisão deve inclinar-se para esta última solução, evitando-se assim o afrontamento com a vontade materna, que,

95. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana.*, cit., pp. 355 e s.

96. v. Albin ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch en "Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch"*..., Stuttgart, 1980, p. 157.

deste modo, seria respeitada. Em qualquer caso, é tema complexo a proposição de uma solução jurídica adequada para cada situação (pense-se, por exemplo, até onde pode chegar a dificuldade, se o tratamento não oferece muitas garantias de êxito e representa, ao mesmo tempo, grandes riscos para a mãe).

Quanto à primeira situação, que as anomalias sejam graves (partindo-se da hipótese consumada de que o aborto eugênico está descartado), é fundamental valorar a existência de riscos para a mãe. Se estes são medicamente confirmados, a decisão deveria ficar nas mãos da mãe, sem que lhe seja imposto coercitivamente o tratamento,⁹⁷ que poderia dar lugar a um delito de lesões corporais, apoiando-se no fato de que o conflito atual⁹⁸ entre a saúde da mãe e a vida do feto é resolvido pelo sistema das indicações em favor da mãe.⁹⁹ Neste grupo encontrar-se-iam determinadas intervenções cirúrgicas praticadas na mãe para ter acesso ao feto e os tratamentos ainda em fase experimental, dos quais não será fácil prever as conseqüências tanto para o feto como para a própria mãe.

No caso de que não representem perigo nenhum para ela e, ao contrário, acha-se em perigo a vida do feto, poder-se-ia alegar estado de necessidade (se a configuração legal o admitir) para intervir em favor deste; melhor dizendo, atuar no cumprimento de um dever em favor da vida do feto, posto que se produz uma colisão de deveres à qual deverá o médico enfrentar.¹⁰⁰ De qualquer maneira, não sei até que ponto esta solução seria compatível com a doutrina do Tribunal Constitucional espanhol, em sua sentença sobre o aborto, de 11 de abril de 1985, na qual não se ocupa, em absoluto, desta questão, mas sim, estabelece um parâmetro já conhecido entre os interesses em conflito que afetam mãe e conceito, em especial, além da liberdade pessoal da primeira, sua liberdade ideológica ou de crenças, assim como sua intimidade e sua dignidade frente à vida do feto, que podem estar também presentes na situação que estamos comentando (ainda que eu

97. KAPP, *Der fötus...* cit., p. 280, ainda que não descarte a intervenção do Tribunal Tutelar de Menores, apoiado no estado de necessidade.

98. Entendendo "por atual", em seus justos termos, não somente que já se tenha manifestado a enfermidade na mãe, como também o risco concreto e determinado de que num futuro mais ou menos próximo se produza uma diminuição grave da saúde da grávida, segundo se pode deduzir da expressão "grave perigo" que utiliza o CP no art. 417 bis n. 1. Por outro lado, na hipótese formulada no texto o conflito surgirá unicamente a partir do momento em que é iniciada a terapia fetal perigosa para a saúde ou a vida da mãe.

99. Indicação terapêutica do aborto, art. 417 bis n. 1. do CP espanhol.

100. José CEREZO MIR., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 17 e s. e 48 e ss.

creia que nessa situação deveria ser privilegiada a vida do conceito).¹⁰¹ Um critério semelhante deve ser aplicado quando existe um sério perigo de defeitos físicos e psíquicos graves para o feto.¹⁰² Resta-nos, finalmente, ver se não há um perigo de semelhante magnitude para o feto, nem riscos para a mãe. Em primeiro lugar, dever-se-á comprovar se a terapia pode ser igualmente eficaz, se postergada para depois do parto. A não ser assim, é conflituoso que se imponha à mãe a aceitação do tratamento, posto que somente se acha em jogo a saúde do feto, ainda que a ação curativa seja decisiva e adequada para corrigir os defeitos que tenham sido diagnosticados. Com efeito, apesar de não estar em princípio descartada neste caso a entrada em jogo do estado de necessidade ou do cumprimento de um dever, a solução de tal conflito não é fácil bastando para a apreciação de cada uma delas a existência de um conflito de interesses (a liberdade pessoal ou de consciência e outros da mãe frente à saúde do feto) protegidos pela Constituição ou por qualquer setor do ordenamento jurídico.¹⁰³ Se a Constituição protege a vida do feto, também deverá proteger a integridade e a saúde do conceito (art. 15), aceitando, não obstante, também neste caso, as diferenças valorativas já conhecidas, segundo se haja produzido ou não o nascimento. Porém esta diferenciação valorativa encontra-se plasmada em outros setores do ordenamento jurídico e ambos os bens jurídicos encontram-se protegidos penalmente – com o CP de 1995, também a saúde do feto, segundo vimos –, motivo pelo qual o dever jurídico de atender ao feto poderia já não ser menor do que o dever jurídico de omitir a conduta lesiva para a mãe (colisão de deveres), ou – no caso de não conduzir-se pelo critério anterior, em princípio preferível, como dissemos – o mal causado já não seria

101. Pense-se que, ao estar excluído o aborto, é possível que a gravidez chegue a termo e o nascido morra pouco depois, com o problema jurídico (veremos mais adiante) de que, se não houvesse morrido, teria sido possível evitar que tivesse a mãe aceitado o tratamento fetal sem risco para ela.

102. Em consequência, com o art. 157 do CP espanhol, sobre o delito de lesões corporais dolosas ao feto (V. a seguir, Capítulo VII, 4.2.1). Por outro lado, não creio que a mãe pudesse incorrer neste delito, em comissão por omissão, admitindo, logicamente, sua posição de garante genérica, em relação ao feto, pois a situação de lesão é anterior a sua omissão, a qual, não obstante, impede a realização de ações para opor-lhe resistência ou impedi-la. Sendo a questão discutível, admitida a tipicidade por omissão, surgiria outra vez uma colisão de interesses semelhante às formuladas no texto, neste caso, a partir da perspectiva da mãe, e que deveria ser resolvido através da eximente do estado de necessidade.

103. V. José CEREZO MIR, *La regulación del estado de necesidad en el Código penal español*, in “Estudios Penales y Criminológicos”, X, Santiago de Compostela, 1987, 58 e s.; o mesmo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II.*, cit., pp. 19 e s. e 47 e s.

maior do que o que se trata de evitar (estado de necessidade), mas provavelmente se atentaria contra a dignidade da mãe, ao ser instrumentalizada para conseguir o objetivo não vital ou decisivo para a cura do feto. Porém, tanto neste caso, como no formulado no parágrafo anterior, o “direito” do filho a nascer sadio, se isto tivesse sido possível com a submissão da mãe a uma terapia fetal carente de riscos para ela, poderia ser motivo de reclamação de responsabilidade civil, por parte do filho ao chegar à maioridade.

Para concluir, as anteriores considerações sobre o tema, que tomaram, como ponto de partida a Constituição e os suportes axiológicos deduzíveis tanto dela, quanto do Código Penal, deverão ser filtrados por uma última referência legal, que aborda de modo específico a questão: a Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida contempla a terapia fetal, no sentido estrito que temos utilizado (além da terapia do pré-embrião “*in vitro*”), e fixa seus limites e condições. Quanto aos primeiros – os limites –, restringe-se a toda intervenção terapêutica que tenha por fim propiciar o bem estar e favorecer o desenvolvimento do objeto de proteção, ficando excluídas as demais, ainda que sejam terapêuticas (?); os beneficiários da terapia fetal, são, segundo a Lei, o embrião e o feto “*in utero*”, ou o feto fora do útero, se esse feto for viável (art. 13.2). Quanto aos requisitos, entre outros, que enumera, são comuns aos previstos para a terapia do embrião “*in vitro*”, já mencionados. É significativa a necessidade do consentimento do casal ou da mulher só, o que, pelo menos aparentemente, resolveria a questão hipotética que nos ocupava, isto é, da possibilidade de intervenção contra a vontade da mãe. Não obstante, a interpretação correta é assumir este requisito como exigível de forma geral, mas sem que esteja impedida a entrada de outros critérios, como os que analisamos, para casos excepcionais (recordo nosso ceticismo sobre a possibilidade de um tratamento fetal decisivo para a vida ou a saúde do concebido sem risco relevante para a mãe). Em outra ordem de considerações, é injustificável que se requeira o consentimento do casal nestes casos, posto que quem sofreria os riscos, no caso da opção pela submissão à terapia, é a mãe, e a ela corresponde assumi-los e, por conseguinte, consentir exclusivamente, independentemente do que assinala a Lei.

Apesar de parecerem improváveis as hipóteses formuladas, contamos já com exemplos em direito comparado.

Os tribunais de justiça dos EEUU tiveram conhecimento e impuseram sua decisão sobre alguns casos conectados com estes problemas. No primeiro deles (caso *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital versus Anderson*) o tribunal de Nova Jersey (1964) ordenou a submissão da mãe a uma transfusão de sangue com o fim de preservar a vida do concepto e da própria mãe. que rejeitava a

transfusão por pertencer ao grupo religioso conhecido como testemunhas de Jeová. No segundo caso (*Jefferson versus Griffin Spalding Country Hospital Authority*) a mãe, grávida de trinta e nove semanas, padecia de queda de placenta que obstruía a saída do feto, com um risco de 99% de morte para este e de 55% para a mãe no caso de tentar-se o parto natural; ao contrário, as perspectivas eram excelentes para ambos no caso de praticar-se um parto cesáreo, ao qual se opunha a mãe por motivos religiosos. O TS do Estado de Georgia (1981), assumindo a doutrina do TS Federal sobre o aborto (s. de 22 de janeiro de 1981), afirmou que o estado tem um interesse especial na vida do conceito a partir do momento de sua viabilidade, o que permite a intromissão nos direitos da mãe com o fim de proteger o feto e ordenou conseqüentemente as ações terapêuticas solicitadas pelos médicos (cesárea, sonograma e transfusão de sangue).¹⁰⁴ Finalmente, mencionamos o caso em que o Tribunal Supremo do Estado de Nova York (1985) ordenou uma transfusão de sangue com o fim de salvar um feto ainda não viável (*in Re Application of Jamaica Hospital*). Porém a doutrina norte-americana assinala a tendência atual dos tribunais de não impor um tratamento sem consentimento da mãe.¹⁰⁵

De qualquer maneira, nenhum destes casos reflete com toda nitidez o problema formulado – embora seja importante ressaltar que o segundo fundamenta claramente sua argumentação na proteção do feto –, pois, apesar de vermos em todos eles que se ordena a intervenção em benefício do feto, a vida da mãe corria também perigo.

104. V. ROBERTSON, *The right to procreate and in utero fetal therapy...*, cit., pp. 355 e ss. ANNAS/ ELIAS, *Perspectives on Fetal Surgery*, cit. pp. 356 e ss.; Jeffrey LENOW, *The Fetus as a Patient Emerging Rights as a Person?*, em "American Journal of Law and Medicine", vol. 9, n. 1, 1983, pp. 1 e ss.

105. V. FURROW e outros, *Medical Law. USA*, cit., p. 150, onde se mencionam nesta linha o caso *In RE A.C.*, Tribunal de Apelación de Washington D.C., 1990.

Bibliografia

Em espanhol:

AA.VV.: *Ingeniería genética y reproducción asistida*, (M. Barbero Santos, ed.), Madrid, 1989. AA.VV.: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. "II Congreso Mundial Vasco", Trivium, Madrid, 1988. AA.VV.: "Diagnóstico prenatal y reproducción asistida" (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz - Ayuntamiento de San Roque, 1992. ABEL, Francesc (ed.): "Diagnóstico Prenatal y Asesoramiento genético: Realidad y Esperanza", en *Labor Hospitalaria*, n. 218, 1990. ARROYO ZAPATERO, Luis: "La indicación eugenésica", en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 12, 1986. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Universidad de Santiago de Compostela, 1988. CARRERA, J.M. (ed.): *Diagnóstico Prenatal*, Salvat Editores, Barcelona, 1987. EGOZCUE, José: "Diagnóstico pre-conceptivo y pre-implantacional", en *Diagnóstico prenatal y reproducción asistida* (coord. M. Palacios), Universidad de Cádiz - Ayuntamiento de San Roque, 1992. ESER, Albin: "Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht", en *Künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht*, Zürich, 1986. GAFO, Javier (ed.), Consejo Génético: *Aspectos biomédicos, implicaciones éticas*, Fundación Humanismo y Democracia. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994. Grupo Asesor sobre las Implicaciones Éticas de la Biotecnología de la Comisión Europea: *Implicaciones Éticas de la Terapia Génica*, Comisión Europea, Bruselas, 1994. HARPER, Peter S.: "Consejo genético y diagnóstico prenatal", en *Labor Hospitalaria*, n. 218, 1990. MAHOMÉY, Jack: "La ética de la selección del sexo", en *Labor Hospitalaria*, n. 218, 1990. MONTANO, Pedro J.: *La responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías de la procreación*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1991. ROMEO CASABONA, Carlos M.: "Aspectos jurídicos del consejo genético", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1, 1994. SOTO LAMADRID, Miguel A.: *Biogénética, filiación y delito*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990. SPERLING, K.: "Ingeniería genética y medicina genética", en *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989.

Em outros idiomas:

AA.VV.: *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*. Cedam, Padova, 1987. ANNAS, Georges J./ELIAS, Sherman: "Perspectives on Fetal Surgery", en *Genetics and the Law* (eds. A. Milunsky y G. Annas). Plenum Press, New York, 1985. ARDA, B./CANGIRKAYI, A.: "Les problèmes éthiques relatifs au diagnostic prénatal et à la consultation génétique"/ "Ethical Problems Related to Prenatal Diagnosis and Genetic Counselling". *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, vol. 6, n. 2, 1995. BAYERTZ, Kurt: *The concept of moral consensus: the case of technological interventions into human reproduction*, Kluwer Academic Publ., Dordrecht, 1994. BERNAT, Erwin (Hrsg.): *Lebensbeginn durch Menschenhand*. Leykam, Graz, 1995. CHADWICK, Ruth F.: *Ethics, Reproduction and genetic control*, Routledge,

New York, 1992. CRAMER, Stephan, "Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie", en *Medizinrecht*, 1992. CRAMER, Stephan: *Genom – und Genanalyse. Rechtliche Implikationen einer "Prädikativen Medizin"*, Peter Lang, 1991. FISHEL, Simon/SYMONDS, Malcolm: *Gamete and Embryo Micromanipulation in Human Reproduction*, Edward Arnold, Londres, 1993. FLETCHER, John C.: "Ethics and Amniocentesis for Fetal Sex Identification", en *Medical Ethics*, 1983. FRASER, F. Clarke: "Diagnostic prénatal des désordres génétiques", en *Cahiers de Bioéthique*, n. 2, Québec, 1980. FRYDMAN, René/VIAL, Michèle/VILLE, Yves: *Médecine Foetale et Diagnostic anténatal*. Presses Universitaires de France, Paris, 1993. GRIMA, G.: "Gene Therapy and The Catholic Church"/La Thérapie génique et l'Eglise catholique", en *Journal International de Bioethique/International Journal of Bioethics*, vol. 5, n. 4, 1994. GÜNTHER, Hans-Ludwig: "Pränatale Diagnose und pränatale Therapie genetischer "Defekte" aus strafrechtlicher Sicht", en *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik. Strafrechtliche Schranken?* (H.L. Günther y R. Keller, eds.), J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987. HARICHAUX, Michèle: "Diagnostic prénatal: les obligations et les risques", en *Vers un antidestin? Patrimoine génétique et Droits de l'humanité* (F. Gros y G. Huber, eds.), Éditions Odile Jacob, Paris, 1992. HUGGINS, M. y otros: "Ethical and legal dilemmas arising during predictive testing for adult-onset disease: The experience of Huntington disease", 47 *Am. J. Human genet* 4, 1990. KAPP, Wolfgang: "Der Fötus als Patient?", en *Medizinrecht*, 1986. KIENLE, Th.: "Bioethik und Pränataldiagnostik in Europa", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 7, 1996. LARSON, Edward: "Human gene therapy and the law: na introduction to the literature", *Emory Law Journal*, núm 39, 1990. LENOW, Jeffrey: "The Fetus as a Patient: Emerging Rights as a Person?", en *American Journal of Law and Medicine*, vol. 9, n. 1, 1983. McCORMIK, D.: "Human gene therapy: The first round", *Bio/Technology*, 4, 1986. PERSSON, Ingmar: "Genetic Therapy, Identity and Person – regarding reasons", *Bioethics*, vol. 9, number one, 1995. ROBERTSON, John: "The right to procreate and in utero fetal therapy", en *The Journal of Legal Medicine*, 1982. SIMON, Jürgen: "Genomanalyse, Anwendungen, Möglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf", en *Monatschrift für Deutsches Recht*, n. 1, 1991. WERTZ, Dorothy C./FLETCHER, John C./BERG, Kåre/BOULYJENKOV, Victor: *Guidelines on ethical issues in medical genetics and the provision of genetic services*, World Health Organization, Geneva, 1995.

PRÁTICAS DE EUGENIA

1. As correntes eugênicas e sua influência no Direito. A neo-eugenia

1.1. A eugenia, uma constante na história da humanidade. Seus efeitos para o Direito

A história da humanidade conheceu uma permanente preocupação com melhora do ser humano – em particular da descendência –, principalmente de suas características biológicas, mas também de suas potencialidades psíquicas e mentais. Embora de forma rudimentar, desde os princípios da humanidade, o ser humano teve consciência de que alguns traços biológicos são herdados de pais para filhos,¹ e de alguma maneira isso se refletiu nas normas de diversas culturas² e no ideário da alguns filósofos da antiguidade, como foi o caso de Platão em sua *República*. As contribuições da biologia humana e animal sobre os mecanismos da reprodução e da herança biológica permitiram que os propósitos seletivos pudessem ser apoiados em bases científicas

1. V. Diego GRACIA GUILLEN, *Historia de la Eugenesia*, em Javier GAFO (ed.). “Consejo Genético: aspectos biomédicos e implicações éticas”. Universidad de Comillas, Madrid, 1994, pp. 13 e s.

2. Assim, a proibição bíblica do incesto encontraria esta explicação, pelo menos de forma parcial; ou a ancestral crença, refletida nas diversas mitologias da antiguidade, de que a mulher podia conceber de animal, se forma no Direito romano, em relação com o *monstrum*, daí exigir-se que o nascido tivesse forma humana. Isso sobreviveu até nossos dias pois o Código Civil espanhol enfatiza que “para os efeitos civis apenas se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno” (art. 30). V. sobre a matéria, Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, vol. 1.º, Introducción y Derecho de la persona*, 14.ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 214; José M. STAMPA BRAUN, *El objeto material de los delitos contra a vida (límite mínimo)*, em “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1950, p. 530.

— embora em algumas ocasiões não suficientemente avaliadas e, inclusive, errôneas —, assim como em seus recursos e técnicas disponíveis para tais objetivos. A eugenia foi-se enroscando deste modo de um pretenso suporte científico e, com isso, de uma maior credibilidade intelectual e autoridade moral, o que não impediu, por outro lado, que tenha sido contestada nos momentos históricos de maior esplendor, ao menos frente a algumas de suas práticas mais radicais.

Recordemo-nos que, por eugenia, se entendem os procedimentos capazes de melhorar a espécie humana. Como é sabido, foi Francis Galton quem utilizou o termo (*eugenics*), no Reino Unido, em fins do século passado, e a definiu como “a ciência que trata de todos os fatores que melhoram as qualidades próprias da raça, incluídas as que a desenvolvem de forma perfeita”.³ Em sua concepção, Galton propugnava o recurso a todos os fatores sociais utilizáveis que pudessem melhorar as qualidades raciais, tanto físicas, como mentais das gerações vindouras.

É comum também a distinção de duas classes de eugenia: a positiva, que consiste em favorecer a transmissão de caracteres considerados desejáveis, o que em algum momento se pretendeu pôr em prática — sem grandes perspectivas de êxito em virtude das limitadas possibilidades então existentes — fomentando matrimônios de casais selecionados, ou, mais recentemente, coletando gametas (em concreto, sêmen) de pessoas com traços físicos ou intelectuais considerados excelentes. A eugenia negativa, por sua vez, pretende evitar a transmissão de caracteres apreciados como não desejáveis, valendo-se para isso de procedimentos muito mais eficazes, como a inseminação artificial, a contracepção e, em casos isolados, o aborto e a morte do recém nascido. A proteção da espécie humana (ou sua sobrevivência) e a melhora das condições sociais do ser humano e da coletividade foram, desde sempre, a justificativa do pensamento eugênico.

Como antecedente, faz-se remissão à obra de Charles Darwin, que introduziu uma revolução sobre a percepção dos seres vivos. Com seu famoso livro “A origem das espécies”, publicado em 1859, impôs de forma definitiva a teoria da evolução (já percebida por Malthus na sociedade humana) e, como base desta, a seleção natural: a luta dos seres vivos pela existência, pela vida, conduz à seleção natural.⁴ Somente os mais fortes, os mais aptos, vencerão nesse combate vital e, por conseguinte, sobreviverão; combate que é intra e inter-espécies. Mas

3. Francis GALTON, *Inquiry into human faculty*, Londres, 1883.

4. V. Ernst MAYR, *Darwin et la pensée moderne de l'évolution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1993, pássim. Denis BUICAN, *Historia de la Biología*, Acento Editorial, Madrid, 1995, pp. 42 e ss.

seu interesse na eugenia sintetiza-se na seguinte afirmação: os membros débeis da sociedade civilizada propagam sua espécie. Ninguém que tenha ajudado na criação de animais domésticos duvidará de que isto deve ser altamente danoso para a raça humana (...) quase ninguém é tão ignorante que permita que seus piores animais se reproduzam”.⁵

As teorias de Darwin exerceram um extraordinário impacto em outras esferas do pensamento e influíram decisivamente no campo das ciências sociais e, indiretamente, no das ciências jurídicas. O darwinismo social foi uma transposição do darwinismo estrito – biológico – para o âmbito social, desenvolvido por Herbert Spencer com o fim de explicar a evolução das sociedades humanas a partir daquela ótica: a luta pela sobrevivência dos mais capazes, seleção, etc., e terminaria por impor-se ao neolamarckismo (seguido, principalmente, na França), que parte da idéia de que os caracteres adquiridos são também hereditários, idéia a que não foi alheia ao próprio Darwin. O darwinismo social sofreu, paradoxalmente, manifestações diversas, que foram, essencialmente, uma conservadora e outra reformista, com uma forma diferente de entender a evolução da sociedade humana: a seleção e a sobrevivência dos mais aptos (?), e o progresso do ser humano através daquelas sociedades que se sustentaram na cooperação e ajuda entre os indivíduos, respectivamente.⁶ Mas o impulso definitivo até a eugenia foi dado, como dizíamos, por Galton, que a estruturou e reforçou com a aplicação de métodos científicos, fundamentalmente o estatístico e matemático, e insistiu na importância da herança nos componentes mentais e morais dos indivíduos e da eugenia – positiva – para sua eliminação.⁷

Todo este complexo emaranhado de idéias e de projeções, em tão variadas facetas do pensamento humano contemporâneo, deu lugar aos movimentos eugênicos da primeira metade do século e à sua penetração no mundo jurídico, através do darwinismo social e legal.⁸ Mas a questão não se manteve fechada no debate teórico. Concretamente, ela promoveu uma intensa ação legislativa em alguns países e impregnou ideologicamente algumas decisões jurisprudenciais, principalmente nos E.U.,⁹ onde um influente conjunto de intelectuais e políticos estava

5. Charles DARWIN, *La descendencia del hombre*, 1871 (citado por Thomas F. LEE, *El Proyecto Genoma Humano*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 272).

6. V. Eusebio FERNANDEZ, *Sociologia y darwinismo*, em “Sistema” n. 31, 1979, p. 68.

7. GRACIA GUILLEN, *Historia de la Eugenesia*, cit. pp. 25 e ss.

8. Daniel J. KLEVES, *La influencia de la eugenesia en la genética humana*, em Fundación BBV (ed.) “Proyecto Genoma Humano: Ética” Bilbao, 1991, pp. 391 e ss.

9. V., sobre o assunto, a bem documentada tese doutoral inédita de Diego BETANCOR CURBELO, *Las implicaciones jurídicas del movimiento eugenésico*

preocupado com a deterioração da “qualidade” biológica da população frente a qual deveria prevalecer o interesse da espécie.¹⁰ Este movimento viu-se favorecido por vários fatores, como a recusa social a certos setores da população, marginais e delinquentes, e a importante imigração que já estava sofrendo o país, há algumas décadas. Um papel fundamental, a esse respeito, exerceram Charles Davenport e o *Eugenics Record Office*, em Cold Spring Harbor, Long Island, promovido e dirigido por ele.¹¹ Apesar de terem dado passos em favor de medidas de eugenia positiva (fomentando matrimônios de casais de “qualidade” biológica e moral), chegaram, no âmbito legislativo, a tomar forma as de eugenia negativa, através das leis de esterilização, que foram promulgadas por trinta estados da União,¹² além de outras relativas a internações de isolamento, limitações matrimoniais e restrições à imigração. Todas tinham em comum, como efeito, a imposição coercitiva (ainda que, em algumas ocasiões, também voluntária) de suas previsões aos cidadãos que nelas incorressem, e a aceitação, como pressuposto (sem base científica real), de que alguns traços mentais eram herdados, o que seus seguidores chamavam de debilidade mental e de tendência criminal. Várias dessas leis foram objeto de recursos de inconstitucionalidade (o que revela a discrepância existente neste tipo de processo legislativo) e algumas anuladas por tal motivo, o que não impediu a sua substituição por outras revisadas.

O pensamento eugênico foi assumido prematuramente também, nos países escandinavos e, no Reino Unido, mas sobretudo pelo ideário

como paradigma del darwinismo legal, Universidad la Laguna, 1992. V. também Philip R. REILLY, *Eugenics Sterilization in the United States*, em “Genetics and Law, III” (A. Milunsky/ G.J. Annas, eds.) Plenum Press, New York, 1985, pp. 227 e ss.; Jesús M. SILVA SANCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 53 e ss.

10. Neste sentido, Tom WILKIE, *El conocimiento peligroso. El Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, ed. Debate, Madrid, 1994, p. 178 indica que a eugenia se baseava em “dois princípios fundamentais: o primeiro é que a preocupação com as futuras gerações tem preferência sobre os interesses, autonomia e direitos dos vivos; o segundo, que os interesses da espécie são mais importantes que os dos indivíduos vivos e certamente, que os das possíveis crianças ainda por nascer”.

11. LEE, *El Proyecto Genoma Humano*, cit., pp. 273 e s.

12. A primeira destas leis foi a do Estado de Indiana, de 9 de março de 1907 (declarada inconstitucional nos anos vinte); seguiram-lhe as dos Estados de Washington, Califórnia (onde mais esterilizações se praticaram sob amparo de suas sucessivas leis), Nova Jersey, Virgínia (de 1924, que suplantou favoravelmente um recurso de inconstitucionalidade, no caso *Buck versus Bell*, em 1927, ante o ST Federal e, por isso, serviu de modelo para as posteriores a fim de evitar arguições desta natureza), entre outras. Incluíam as hipóteses de aplicação, os destinatários, os procedimentos e o caráter voluntário ou coercitivo da esterilização.

nacional-socialista, que já propunha, dez anos antes de chegar ao poder, a esterilização por motivos eugênicos, e acabaria confluindo e identificando-se com as extremas e fatais manifestações racistas de tal ideário.¹³ A lei para a prevenção das doenças hereditárias na descendência (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuses*), de 14 de julho de 1933, e uma Ordem, de 18 de julho de 1935, tiveram seu efeito jurídico, acompanhado de milhares de esterilizações impostas pela força, assim como o programa eutanásico de 1.º de setembro de 1939, com um saldo também de milhares de vítimas.¹⁴ Inclusive permitiu-se, em 1943, o aborto de mulheres não pertencentes à raça ariana.¹⁵

O movimento eugênico perdeu prestígio e credibilidade (devido, em grande parte, aos avanços da genética), e, por isso, decaiu e foi desaparecendo a partir dos anos trinta quase com a mesma velocidade e entusiasmo com que havia surgido,¹⁶ mas seus efeitos perniciosos já se tinham consumado, e, para algumas pessoas, de forma irreversível. Não obstante, algumas de suas marcas legislativas e institucionais perduraram nos E.U., embora com outras orientações ideológicas e outros métodos (deve-se admitir que algumas se mantiveram fieis a sua concepção original até a década de setenta).¹⁷ O fato de ter sido possível encher bibliotecas inteiras sobre a obra e o pensamento eugênico de princípios do século, de que parlamentos democráticos promulgaram leis eugênicas com prescrições coercitivas e, em certas ocasiões, com penas ou medidas de segurança dirigidas a impedir a reprodução, mediante a esterilização de delinquentes considerados perigosos, de que, em nome do povo, foram proferidas sentenças impondo ou avalizando algumas dessas medidas coercitivas e de que, por isso, alguns cidadãos foram lesionados de forma irreversível, em sua integridade física e moral, ainda que sejam acontecimentos passados, impõem uma reconsideração da eugenia que pode ser consolidada em nossos dias.

13. V. John I. FLEMING, *La Ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad*, em Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 4, 1996, p. 172

14. V. Benno MÜLLER-HILL, *La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la historia*, em Fundação BBV (ed.), "Proyecto Genoma Humano: Ética" Bilbao, 1991, p. 381 e ss.; Carlos Maria ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pp. 473 e ss.

15. V. Gerardo LANDROVE DIAZ, *Política criminal del aborto*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1976, p. 78.

16. WILKIE, *El conocimiento peligroso*, cit. pp.178 e s.

17. V. sobre a evolução do pensamento eugênico, depois da Segunda Guerra Mundial, em FLEMING, *La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad*, cit. pp. 172 e ss.

A sociologia pressupõe uma certa continuidade do darwinismo social, e embora tenha causado um forte impacto em seu momento, foi rejeitada de forma ampla.¹⁸ Para Wilson,¹⁹ a sociobiologia – para quem consiste no estudo sistemático dos fundamentos biológicos de todos os comportamentos sociais – tenta realizar a integração da ecologia e da etologia no seio da teoria neo-darwinista; a explicação dos comportamentos sociais seria de ordem genética.

1.2. As formulações eugênicas na atualidade: a neo-eugenia

As descobertas modernas sobre o genoma humano e o aperfeiçoamento e ampliação das técnicas de reprodução assistida já abriram uma enorme potencialidade instrumental para o pensamento eugênico. Com efeito, são várias as frentes através das quais poderia ter lugar uma reformulação das correntes eugênicas que afloraram em fins do século passado e se consolidaram durante a primeira terça parte do atual. Assim, as análises genéticas, por seu valor preditivo, inclusive para indivíduos assintomáticos, e pela informação indireta que fornece a respeito dos familiares da pessoa submetida a essas análises. Destacam-se, em particular, neste contexto, as análises realizáveis em torno da reprodução, como são os diagnósticos pre-conceptivos praticados nos casais antes da procriação, o diagnóstico pré-natal no curso da gravidez e o diagnóstico pré-implantatório no zigoto obtido *in vitro* antes da decisão a respeito de sua transferência à mulher. Todos esses são procedimentos vinculados em princípio à saúde e às decisões reprodutivas dos casais, mas que também podem ser realizados com fins estritamente eugênicos, de eugenia negativa, evitando a descendência no caso em que se avalie o risco de transmissão à essa descendência de doenças hereditárias das quais são portadores os progenitores, ou quando o próprio embrião ou o feto já são portadores de patologias graves. Por outro lado, as técnicas de reprodução assistida são um eficaz instrumento de eugenia positiva, pois é possível, por meio delas, a seleção de gametas ou zigotos isentos de anomalias ou portadores das características desejadas, para o qual será de grande ajuda o diagnóstico pré-implantatório. As análises genéticas de grupos populacionais, em especial de grupos de risco frente a determinadas doenças (p. ex., a beta-talassemia, em algumas populações mediter-

18. V. THOMAS, *Les fondements de l'eugénisme*, PUF, Paris, 1995, pp. 111 e ss., que assinala que a sociobiologia fornece um fundamento biológico relacionado ao conservadorismo político.

19. Edward O. Wilson, *Sociobiology: The new Synthesis*, The Bellknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1975.

râneas e norte-americana, a enfermidade de Tay-Sachs, nos judeus ashkenazis originários da Europa oriental e a anemia falciforme, na população negra dos Estados Unidos), conhecidos como rastreamento genético ("genetic screening"), constituem um recurso disponível tanto da Medicina preventiva, quanto da política eugênica. Finalmente, a chamada engenharia genética ou do ADN recombinante, da mesma maneira que pode – ou poderá – ser utilizada como instrumento terapêutico (terapia gênica em linha somática e em linha germinal), com sua complexa problemática ética e jurídica, é outro meio de aperfeiçoamento da espécie ou de sua seleção, como procedimento de eugenia positiva, cujas enormes possibilidades ficam abertas no futuro.

Todas estas técnicas ou meios, ou alguns deles, podem ser o pano de fundo do ressurgimento das correntes eugênicas de fins deste século: a *neo-eugenia*. Se assim a denominamos é com o intuito de enfatizar as notáveis diferenças que pode apresentar o pensamento eugênico atual, em relação com o do princípio do século.²⁰ Com efeito, a nova tentação eugênica desta época tem à sua disposição estes poderosos meios que proporcionam o cada vez mais amplo e preciso conhecimento sobre o genoma humano da espécie e dos indivíduos, e não somente de suas doenças orgânicas, como também, segundo se anuncia, de doenças mentais, de comportamentos considerados desviados, de aptidões e habilidades (e de sua carência). Mas, sobretudo, suas possibilidades dependerão também do desenvolvimento futuro da engenharia genética. Entretanto, os riscos da eugenia atual firmam-se no fato de apresentar também outros aspectos mais tentadores e fascinantes, como, por exemplo, a erradicação, por meio da engenharia genética, de algumas pragas deste século, como o são o câncer e a AIDS, assim como a diminuição de outras enfermidades hereditárias hoje incuráveis (por meio da terapia gênica ou da seleção de embriões *in vitro* p. ex.), o que dificilmente pode ser rechaçado.

Por outro lado, diferentemente dos movimentos eugênicos de princípios do século, que propugnavam uma melhoria da raça e a proteção da espécie e orientavam-se aos efeitos sociais imediatos das práticas de eugenia, ou seja, concebia-se como um problema social e coletivo cuja solução era promovida por cientistas, pensadores, juristas e políticos, a nova eugenia está formulada até o momento como uma questão médica, própria da esfera da relação médico-paciente e,

20. THOMAS, *Les fondements de l'eugénisme.*, cit., pp. 89 e ss. considera que a vinculação da eugenia com a biotecnologia poderia provocar um efeito estigmatizador global da mesma. Não obstante, em minha opinião, pode acarretar uma nova eugenia que teria, por certo, pouco em comum com os movimentos "clássicos", já mencionados.

por isso mesmo, como assunto de saúde individual; de saúde dos próprios interessados e das gerações futuras, merecedoras de um direito à saúde frente a seus progenitores e suas faculdades ou liberdades reprodutivas.²¹ Conforme veremos mais adiante, a questão apresenta-se agora como uma responsabilidade dos indivíduos ou dos casais com sua própria descendência, e o alcance desta responsabilidade é também objeto de discussão. Já são usuais os processos e condenações, por responsabilidade civil, de profissionais da saúde por terem realizado, de forma incorreta, o diagnóstico pré-natal ou ter omitido sua proposta quando era indicado, tendo subtraído dos pais a possibilidade do aborto. Nos sistemas democráticos e respeitosos dos direitos humanos, a eugenia aparece confundida com outras formulações onde afloram hipotéticos – em algumas ocasiões, reais – direitos individuais, que tornam difícil discernir até que ponto se encontra nelas disfarçada.

O interesse pela proteção da espécie não decresceu, mas agora se apresenta a partir de uma ótica diretamente oposta: enquanto os avanços da biologia da segunda metade do século passado e de princípios deste ajudaram a conhecer a evolução da espécie humana, e alguns chegaram a prever o perigo de seu devir (por ter o ser humano interferido nos processos de seleção natural, etc.) e a concluir na necessidade de atalhar tal perigo com os procedimentos expostos, os mais precisos conhecimentos atuais suscitam a preocupação de manter inalterada a identidade e a integridade biológica da espécie, de proteger o genoma humano de manipulações e de considerá-lo patrimônio da humanidade. Esta mudança de atitude foi provocada por vários fatores: evidentemente, pela consciência do enorme poder da engenharia genética, de que o ser humano se insere, como uma peça a mais, no equilíbrio da matéria viva (ecologia) e de que os interesses coletivos deverão sobrepor-se aos individuais, ao menos quando choquem, de forma inconciliável, com os direitos humanos. Com efeito, a engenharia genética é admirada e, ao mesmo tempo temida, pois são apreciados tanto suas possibilidades benéficas (tratamento e erradicação de enfermidades, inclusive o fortalecimento biológico do ser humano em relação aos agentes hostis), quanto seus riscos (criação de sub ou super raças, dominação do ser humano pelo poder); o desconhecimento de

21. Sobre isso, FLEMING, *La ética y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad*, cit., pp. 174 e ss. que indica, nessa direção, a Luca Cavalli-Sforza de quem cita textualmente: “o diagnóstico antenatal de transtornos hereditários e a interrupção da gravidez não são exemplos de eugenia. São procedimentos profiláticos”: “num mundo melhor uma criança teria o direito de nascer sadia”; e “podemos prevenir o nascimento de crianças com algumas das doenças mais graves e desenvolvidas e poderíamos eliminar praticamente em sua totalidade o nascimento de crianças com importantes doenças genéticas”.

seus efeitos a médio ou longo prazo – mesmo que a curto sejam benéficos –, dado o ainda insuficiente conhecimento sobre a história da evolução natural dos genes²² e da explicação profunda das mutações genéticas espontâneas (embora se saiba de seu papel decisivo na evolução) e, com maior razão, das provocadas pelo próprio ser humano por meio da engenharia genética, de seus efeitos nele mesmo e no entorno e, por conseguinte, para sua sobrevivência como espécie; finalmente, o importante movimento sobre os direitos humanos, consolidado pelo menos programaticamente através da Declaração Universal de 1948, constitui um freio teoricamente efetivo frente às derivações do possibilismo científico e à exclusiva primazia dos interesses coletivos, se é em detrimento da dignidade da pessoa e dos direitos individuais, sem prejuízo de que a discussão sobre a solução de dessa confrontação não tenha sido ainda dada.

Neste novo contexto, alguns setores afirmam caber aos poderes públicos adotar uma posição ativa e intervencionista coadjuvante, inclusive, recorrendo a métodos coercitivos, especialmente se se acresce a isso a necessidade de estabelecer prioridades sobre as prestações de saúde e sociais e custos econômicos, em relação aos deficientes ou ao crescimento demográfico. É neste ponto – quanto à coerção – que se dá o encontro entre a neo-eugenia e a eugenia de princípios do século, que foi tão nefasta para os direitos individuais. Desta maneira, a eugenia atual voltou a sucumbir a tentações discutíveis ou inaceitáveis.²³ A imposição, em alguns países, de análises biológicas – genéticas – aos casais antes da consumação do matrimônio e a sua proibição, em função dos resultados, são práticas eugênicas coercitivas nas quais primam, certamente, objetivos econômicos e de saúde pública mais do que de depuração racial. Por outro lado, as rígidas políticas de planificação familiar de alguns Estados com o fim de conter o crescimento demográfico (certamente alarmante, em algumas zonas do globo) provocaram indiretamente práticas eugênicas especialmente dramáticas ao querer assegurar aos pais que o filho a que têm “direito” seja sadio (eliminando ou abandonando o primeiro filho enfermo ou deficiente), inclusive com interferência das concepções culturais sobre o sexo – preferido – desse filho.²⁴ Como se pode comprovar, este enfoque de dar primazia, com

22. WILKIE, *El conocimiento peligroso*, cit., p. 175.

23. FLEMING, *La ética... y el Proyecto Genoma Humano sobre Diversidad*, cit., p. 174 recorda a crescente pressão existente nos últimos anos em favor da legalização da eliminação de crianças nascidas com graves deficiências (v. na nota 54 referências a autores que sustentam tal postura).

24. Com efeito, em algumas culturas, a preferência por filhos homens, por razões econômicas (nessas sociedades, os primeiros são considerados produtivos por incorporarem-se muito jovens ao mercado de trabalho, enquanto que o matrimônio

medidas coercitivas, aos interesses coletivos frente aos individuais, aproxima-se mais à eugênia anterior A República Popular da China e, em certa medida, Chipre nos proporciona o exemplo atual.

O que o pensamento eugênico não deve olvidar é que qualquer tipo de medida preventiva que seja adotada, de forma voluntária ou coercitiva, não poderá impedir, de todo, o nascimento de crianças com patologias congênitas, relacionadas a mutações genéticas espontâneas, à impossibilidade de erradicar, a médio ou longo prazo, as doenças de origem poligênica e multifatorial (ambiental) e à incapacidade de controlar, também a longo prazo, outras alterações biológicas secundárias, em intervenções no genoma humano.

2. A nova eugenia e suas interferências na reprodução humana

As manifestações atuais da eugenia oferecem, em largos traços, três paradigmas, que se projetam fundamentalmente nas práticas reprodutivas: a *autorresponsabilidade*, que se situa no seio das decisões privadas individuais e dos casais, e na qual entram em jogo diversas considerações, em geral de caráter pessoal, juridicamente irrelevantes; a *responsabilidade reprodutiva*, a qual em certas ocasiões é provocada compulsivamente nos interessados e, nestes casos, comportam restrições indiretas à liberdade de reprodução; e as *limitações reprodutivas*, que restringem ou proíbem diretamente o direito à reprodução em determinadas circunstâncias. Vejamos estes dois últimos em separado e, em primeiro lugar, por representarem eles manifestações genuínas das novas correntes eugênicas.

2.1. Eugenia e responsabilidade reprodutiva

O reconhecimento implícito do direito à reprodução natural, com a categoria de direito fundamental referido às condições humanas da reprodução e derivado do direito à intimidade familiar e de fundar uma família,²⁵ com as únicas limitações absolutas até agora por motivo de

das filhas requer uma mínima capacidade econômica da família para reunir o dote), agravou-se pela limitação impostas por meios indiretos da regulação do número de filhos (na China, um), o que levou à proibição do diagnóstico pré-natal como instrumento para conhecimento prévio do sexo do feto, salvo para prevenção de doenças a ele ligadas. Assim, o proíbem a Lei sobre Proteção à saúde materna e infantil, de 27 de outubro de 1994, da República Popular da China (art. 32.2) e a Lei n. 57, sobre Técnicas de diagnóstico pré-natal (regulação e prevenção de sua utilização abusiva), de 20 de setembro de 1994, da Índia (art. 5.2)

25. V. mais amplamente sobre a questão, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 119 e ss.

idade,²⁶ está voltando, nos últimos anos, a ser formulada a questão do alcance dos chamados direitos reprodutivos,²⁷ a partir de perspectivas eugênicas, sobretudo, em sua manifestação negativa. Chegou-se a afirmar que o genoma de nossa espécie está em vias de deterioração,²⁸ em face do que se sustentou ser muito difícil que uma expansão significativa de genes deletérios chegue a ser um risco real.²⁹ Estas formulações, surgidas com o aumento da disponibilidade das novas tecnologias genéticas, provocaram, entre outras implicações, à denominada responsabilidade eugênica, ou seja, às responsabilidades que incumbem aos pais ou à própria sociedade assegurar à descendência uma boa saúde genética.³⁰ Em concreto, formularam-se três indagações: 1.^a se é correto o julgamento de que, em determinadas ocasiões, o conceito esteja abaixo de um nível razoável de qualidade de vida; 2.^a se (e, em caso afirmativo, quando) há a obrigação de evitar ter filhos com graves transtornos genéticos; 3.^a se é justificável uma intervenção da sociedade prevendo legalmente a manutenção de um nível de reprodução humana, p. ex., através de controles voluntários ou obrigatórios.³¹ Destas e de semelhantes considerações inferiram-se deveres fundamentais ou humanos e a conveniência de fortalecê-los juridicamente.

Dentro da variedade de repercussões facilmente imagináveis que se apresentam no âmbito do Direito, e, em particular, no dos direitos fundamentais, ocupar-me-ei em seguida da posição do Direito diante de alguns aspectos do diagnóstico antenatal, isto é, do conjunto de investigações e testes que permitem predizer os riscos de transmissão de doenças ou anomalias antes que ocorra o nascimento de um novo ser humano, tenha sido já concebido (diagnóstico pré-natal) ou antes da decisão de ter a descendência (diagnóstico pré-conceptivo), ou se, obtendo um embrião *in vitro*, ainda não transferido ao útero materno (diagnóstico pré-implantatório), assim como ante o rastreamento ge-

26. V., com maior atenção, ROMEO CASABONA, ult. lug. cit., pp. 193 e ss.

27. V., sobre estes, a partir da perspectiva de reprodução assistida, Emilssen GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 123 e ss.

28. Cfr. Javier GAFO FERNANDEZ, *Eugenesis: Una problemática moral reactualizada* (Lección inaugural del curso 1985/86), Madrid, 1985, pp. 11 e s.

29. V. sobre esta discussão George H. KIEFFER, *Bioética*, Ed. Alhambra, Madrid, 1983, p. 146.

30. KIEFFER, *Bioética*, cit., p. 138.

31. Assim, FLETCHER, *Knowledge, Risk and Right to Reproduce. A limiting Principle*, in "Genetics and the Law", II (eds. Milunsky/ G. J. Annas), Plenum Press, New1980, pp. 130 e ss.; Sumner B. TWISS, *Prenatal Responsibility for Genetic Health*, in "the Hastings Center Report". 1, 1974, pp. 9 e ss.

nético prospectivo (*screening*), que consiste, como é sabido, na detecção da existência de portadores de anomalias genéticas deletérias; em particular, de alguns problemas que considero de especial interesse que se encontram estreitamente relacionados com as diversas modalidades diagnósticas ou preditivas: a informação que fornecem sobre o indivíduo, o casal, o conceito ou, inclusive, a família biológica, e as medidas que se prescrevem derivadas dessa informação.

A realização destas provas na população, nos grupos identificados em concreto como de risco (rastreamento genético), pode estar indicada com caráter voluntário, mas sua imposição deve ser hoje descartada por várias razões:³² do ponto de vista econômico, por seu altíssimo custo, dada a escassa incidência das anomalias genéticas hoje conhecidas na totalidade da população, apesar de que são cada vez mais numerosas as que estão sendo localizadas e classificadas pelos especialistas, tanto antes da concepção, como no curso da gravidez. Isso não impediu que alguns autores tenham previsto o estabelecimento massivo num futuro próximo de diagnósticos obrigatórios para crianças (o chamado diagnóstico neonatal) com o fim de detectar enfermidades genéticas suscetíveis de tratamento, e, programas de análise sobre os riscos de procriação dirigidos com caráter voluntário, a pessoas já observadas.³³

No que se refere ao rastreamento genético ou diagnóstico neonatal de crianças recém-nascidas a respeito de determinadas doenças, pode ser ele uma medida de saúde pública muito conveniente, inclusive imposta obrigatoriamente, se constituir o ponto de partida para favorecer o tratamento ou prevenção das doenças detectadas e não der lugar a discriminações para os pais ou à própria criança e se respeitar o dever de confidencialidade de que esta é merecedora.

Ao contrário, quanto aos adultos, do ponto de vista jurídico, as exigências de saúde pública – prevenir os riscos de uma população defeituosa –, ou a proteção da “qualidade” da espécie humana não tem termos de comparação com a intromissão na liberdade e intimidade individual e familiar que comportam tais investigações, se impostas de forma obrigatória. Isto é válido pelo menos para com os sistemas jurídico-políticos respeitosos das liberdades individuais. Consequentemente, seriam duvidosamente compatíveis com estas orientações a prática em alguns países de exigir o diagnóstico “pré-nupcial” aos casais antes do realização do matrimônio, com ressalva, talvez, de que

32. V., no entanto, em favor claramente de sua imposição coercitiva, FLETCHER, *Knowledge, Risk and the Right to Reproduce. A limiting Principle* cit., pp. 130 e ss.

33. Margery W. SHAW, *Genetics and the Law*, in “Encyclopedia of Bioethics”, 2.º vol., MacMillan and Free Press, New York, 1984, p. 575.

os resultados obtidos sejam transmitidos unicamente ao titular das provas – e não ao casal – para o fim de adotar autonomamente suas decisões. E mesmo esta leve restrição de submissão a certas provas, ainda que seus resultados permaneçam reservados ao conhecimento da pessoa submetida a elas não deixa de prolongar outros efeitos indiretamente coercitivos, como é apelar para sua responsabilidade reprodutiva no caso de dar resultados positivos (ou seja, sua condição de portador e de possível transmissor de alguma doença ou anomalia), renunciando a ter descendência ou dando conhecimento a outro membro do casal e adotar em comum a decisão oportuna. É certo que a realização destes comportamentos, como objetivo, podem ser desejáveis, mas dever-se-ia ponderar a adequação de suas conseqüências (que não parecem rechaçáveis), sobretudo, em relação a outros procedimentos mais inflexíveis, embora com toda probabilidade menos efetivos a curto prazo – e mais custosos –, como são as campanhas de informação e educação sanitária em matéria reprodutiva, de modo que esta responsabilidade seja livremente interiorizada e assumida.

As respostas jurídicas, em relação à verificação de teste genético, baseiam-se em geral na liberdade individual. Neste sentido, sirva como exemplo a Recomendação (90) 13, do Conselho da Europa, que estabelece que o proposição sistemática do diagnóstico não exclui, em nenhum caso, a exigência do consentimento informado.³⁴ No entanto temos exemplos de outra natureza. Assim, o verificação de teste genético em relação à talassemia é obrigatório para todas as pessoas, antes de contrair matrimônio no Chipre, devendo submeter-se os membros do casal unicamente às provas correspondentes e conhecer seus resultados mediante certificado pré-nupcial, que foi aceito pela Igreja chipriota.³⁵ Na República Popular da China,³⁶ todos os casais devem obter um certificado pré-matrimonial, antes de contrair matrimônio,³⁷ que consistirá na realização de provas sobre três grupos de doenças: a) doenças genéticas graves, b) doenças infecciosas, e c) doenças mentais graves (art. 8.^o). Porém, não basta exibir o certificado

34. Recommendation 90 (13), of the Committee of Ministers to member States *on prenatal genetic, prenatal genetic diagnosis and associated genetic counselling* (princípio n. 7).

35. V., mais amplamente, Minas HADJIMINAS, *L'expérience chypriote: dépister pour combattre une maladie génétique grave*, en Conseil de l'Europe (ed), "Ethique et génétique humaine", Les éditions du Conseil de l'Europe., Strasbourg, 1994, pp. 27 e ss.

36. Lei sobre Proteção da saúde materna e infantil, cit.

37. Artigo 12: "Os contratantes solicitantes de permissão matrimonial deverão mostrar seus certificados de reconhecimento médico pré-matrimonial ou de evolução técnico-médica".

ao casal e à autoridade correspondente, mas sim, como veremos a seguir, originam-se outras limitações, com o que nem sequer se fomenta a responsabilidade reprodutiva: o Estado a assume pelos cidadãos.

As análises genéticas para casais de alto risco, sugerem outro tipo de reflexões. Uma solução adotada em favor da obrigatoriedade de um diagnóstico genético em relação a este grupo de pessoas (ou, mais especificamente, da mulher grávida em relação ao diagnóstico pré-natal), poderia estar orientada para duas opções: primeira, para facilitar ao casal o conhecimento da importância real do risco – grau de probabilidade e gravidade do mal – de serem transmissores de doenças ou anomalias de origem hereditária em sua descendência, e que possa, conseqüentemente, decidir responsavelmente ter filhos, podendo inclusive adotar medidas preventivas (seleção de gametas ou embriões *in vitro* próprios ou de doador, terapia gênica), ou, ao contrário, buscar os meios para evitá-los (utilização de procedimentos anticonceptivos, esterilização, aborto); segunda, para que o Estado, em vista dos resultados, tome as medidas adequadas que impeçam ou restrinjam a reprodução desse casal, mas também para que tentem prevenir esses riscos com medidas sanitárias ou mitigar os efeitos de seu advento, de acordo com a decisão assumida pelo casal, colocando à disposição dos interessados, em cada caso, os meios sanitários e assistenciais necessários para eliminar ou diminuir a carga que possa significar um filho com estas características para seus pais. Diante destes argumentos, deve ser inclusive defendido seu caráter voluntário pelas razões jurídicas opostas a estes tipos de medidas, assim como a discriminação na assistência das mulheres que tenham recusado ou aceitado, a elas, submeter-se.³⁸

Com efeito, a primeira das vias entraria no terreno do pessoal (intimidade familiar), quanto à decisão do casal de querer ter um filho apesar de graves riscos de que nasça com importantes deficiências físicas ou psíquicas, ou, ao contrário, de não tê-lo, com os condicionamentos jurídicos que preveja a legislação correspondente; a segunda, dentro do social, o que formula a questão – igualmente de natureza jurídica – da existência ou não, também, neste casos, de um direito individual absoluto à procriação, ou se são admissíveis restrições ou, mesmo, a negação de tal direito, nos casos mais extremos. Em qualquer hipótese, não parece fácil afirmar que a pessoa assessorada, no curso de um aconselhamento genético, possa tomar sua decisão livre de pressões sociais que considerassem irresponsável aceitar o risco de um filho deficiente.³⁹

38. V., neste sentido, o Conselho da Europa, Recomendação R 90 (13), já citada, princípio 10.

39. Adverte também deste perigo, Pierre WINDMER, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, in Conseil de l'Europe (ed.), "Ethique et génétique humaine", Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, p. 203.

Apesar destes riscos, deve-se insistir no sentido de que a realização do diagnóstico pré-natal deve ficar submetida sempre à livre decisão e responsabilidade do casal ou da mulher grávida, sem que se condicione sua realização à posterior submissão ao aborto, no caso de que se manifestem patologias no feto,⁴⁰ nem que possa, por isso, vir a ser objeto de discriminação para o acesso a determinadas prestações assistenciais ou sociais relacionadas à gravidez e à maternidade, embora não deixe de suscitar outros problemas de natureza diversa.⁴¹

Deve ser rechaçada também a hipótese da utilização de procedimentos invasores como forma de teste indiscriminado de verificação genética. Estes procedimentos devem ser limitados ao que for indicado em face de apresentar um dos progenitores, ou suas respectivas famílias, antecedentes de risco ou por já ter aparecido doenças na descendência anterior ou ter apresentado a gravidez situações de risco (enfermidades infecciosas da mãe, exposição à radiações, etc.).

O caminho diretivo aberto pela legislação da República Popular da China estende-se ao diagnóstico pré-natal para casos concretos. Em primeiro lugar, este pode ser exigido pelo médico, se detecta ou suspeita de anormalidade no feto, depois de efetuar uma revisão prévia ao nascimento (art. 17). Em seguida, incumbe também, ao médico, explicar e orientar o casal a respeito da interrupção da gravidez quando o feto sofra uma doença genética grave ou sofra de uma malformação grave, ou se, como consequência da grave enfermidade que padece a mulher grávida, a continuidade da gravidez pode ameaçar sua segurança e sua vida ou avariar, de forma grave, sua saúde (art. 18); nestes casos, o casal, *aparentemente*, deve decidir com liberdade se interrompe a gravidez ou se submete a uma esterilização.⁴² Do mesmo

40. Neste sentido, v. Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques*, em "Revue Internationale de Droit Pénal" vol. 59, 1988, p. 1335; HARICHAUX, *Diagnostic, Diagnostic prénatal: les obligations et les risques* cit., p. 445.

41. V., a respeito, LeRoy WALTERS, *Ethical Perspectives on Maternal Serum Alpha-Fetoprotein Screening*, em Tom L. Beauchamp/ LeRoy Walters (eds.) "Contemporary Issues in Bioethics", 2.ª ed., WADSWORTH PUBLISHING CO. BELMONT, cit., p. 489 que enfatiza que um sistema de saúde que tenha previsto uma ampla cobertura para o diagnóstico pré-natal e para o aborto provocado e, ao mesmo tempo, uma escassa disponibilidade de serviços para os deficientes, pode ser um fator de extrema influência para o casal na sua decisão sobre o aborto.

42. De acordo com o art. 19: "uma possível interrupção da gravidez ou uma operação de ligadura será combinada e deverá conter a assinatura da pessoa afetada. Se esta não tiver capacidade legal de decisão, será seu tutor quem autorizará e dará a assinatura. A mulher que deva interromper sua gravidez ou submeter-se a uma operação de ligadura, de acordo com as estipulações desta Lei, receberá, de forma gratuita, os serviços médicos".

modo, são obrigatórios os assessoramentos médicos e as orientações determinantes quando se trate de matrimônios com suspeita de padecimento de doença genética grave, ou se o casal já teve um primeiro filho com deformações graves antes de ter o segundo.⁴³ Ficam várias dúvidas em relação a estas prescrições, como se o caráter diretivo – obrigatório – da intervenção e orientação médicas estende-se tão somente à realização das provas ou também às decisões antiprocriativas (aparentemente, como assinalai, parece que não, e, por esta razão não as incluímos na epígrafe seguinte, sobre as limitações reprodutivas, por motivos eugênicos); e quais reações serão adotadas para as gravidezes extra-matrimoniais, também excluídas aparentemente, não apenas da regulamentação, mas inclusive como fenômeno social.

No Direito espanhol, uma simples referência à Constituição de 1978 explicita que a competência dos poderes públicos, reconhecida constitucionalmente para organizar e tutelar a saúde pública, através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários (CE, art. 43), está submetida ao princípio constitucional fundamental de que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, etc., são fundamento da ordem política e da paz social (CE, art. 10), assim como o respeito aos direitos fundamentais implicados (art. 18.1). Neste sentido, a Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida de 1988 exige que o casal ou, quando for o caso, a mulher sozinha, tenham sido rigorosamente informados sobre os procedimentos, investigações diagnósticas, possibilidades e riscos da terapia proposta e as tenham aceitado previamente (art. 13.3.a); é oportuno recordar que a Lei exige o consentimento prévio não só para a ação terapêutica, como também para os procedimentos, investigações diagnósticas, etc., o que fornece uma definitiva confirmação da tese sustentada em favor da voluntariedade.

2.2. *Eugenia e limitações reprodutivas*

A polêmica sobre a obrigatoriedade das provas de diagnóstico pré-conceptivo e de rastreamento genético trouxe, como consequência lógica, a possibilidade de restringir o direito de reprodução do ser

43. Segundo, respectivamente, os arts. 16 ("Se um médico detectar ou suspeitar que um casal, em idade de possível maternidade, sofre de uma doença genética grave, o médico dará orientação médica ao casal e esta tomará medidas de acordo com a referida orientação") e 20 ("Antes de uma segunda gravidez, a mulher que tenha dado à luz um filho com malformação grave deverá submeter-se, juntamente com seu marido, a um reconhecimento médico numa instituição médica ou de saúde de seu estado ou de um nível universitário superior")

humano,⁴⁴ o que poderia conduzir à imposição coativa pelos poderes públicos de determinados meios anticonceptivos, a esterilização, o aborto e o matrimônio, deixando como algo ainda remoto a submissão a manipulações genéticas. Esta discussão é formulada tanto em países com elevado desenvolvimento econômico e social, quanto nos que se encontram em vias de desenvolvimento e densamente povoados ou com altas taxas de crescimento demográfico, mas com diferentes pontos de vista. Os termos da discussão costumam ser os seguintes: o questionamento sobre a existência do direito individual absoluto à procriação frente a terceiros – neste caso: os hipotéticos filhos – aos quais se transmitem malformações genéticas – ou, ao menos, a condição de portadores delas; a partir de outra perspectiva, a contraposição deste direito individual ao direito da sociedade a uma população sadia, na medida em que possa prevenir-se antes da concepção; acrescenta-se, nesta segunda perspectiva, que se a medicina reduziu, nos últimos anos, de forma considerável, a seleção biológica natural da espécie humana, este efeito deve ser compensado com a correspondente limitação ou proibição da reprodução daqueles indivíduos que potencialmente apresentam maiores riscos de transmitir doenças hereditárias a sua própria descendência. Não obstante, dada a natureza expansiva multidirecional da ciência, o possível domínio, no futuro, da terapia gênica em linha germinal e o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, provavelmente contribuirão para reduzir estas preocupações.

A primeira questão induziu à consideração da possibilidade de que o filho nascido com anomalias de tal natureza possa reclamar, por causa delas, a seus pais – e ao médico conselheiro – por via civil (processos por *Wrongful birth*), ao menos no que diz respeito aos prejuízos produzidos – em hipóteses pouco freqüentes: por motivos religiosos – intencionalmente⁴⁵ ou, inclusive, por negligência, partindo da obrigação geral de não causar dano a terceiros ou da específica dos pais de atuar no melhor interesse para com seus filhos (não esqueçamos, ainda não nascidos). Os tribunais norte-americanos chegaram a reconhecer neste sentido, e dentro do direito à qualidade de vida, o “direito

44. A proibição de matrimônios – de não ter filhos extramatrimoniais, obviamente – endogâmicos que rege nas legislações civis, está relacionada, entre outras razões de tipo social, religioso e histórico, ao impedimento dos graves riscos, empiricamente comprovados, há muito tempo, para a saúde da prole. V. art. 47 1.º e 2.º do Código Civil espanhol, onde se exclui o matrimônio entre si dos parentes em linha reta por consangüinidade (ou adoção) e dos colaterais por consangüinidade até o terceiro grau. Em termos similares, pronunciou-se o Código de Direito Canônico.

45. Alexander M. CAPRON, *Legal rights and moral rights*, in “Biomedical Ethics and the law”, New York, 1976, p. 396.

legal ao início da vida com uma mente e corpo sãos”, o que não deixou de suscitar variadas controvérsias,⁴⁶ mesmo reconhecendo o fato de que este documento não pressupôs ainda a declaração de responsabilidade do médico, nem a dos pais. Se, ao contrário, nessas hipóteses, fosse aceito, no futuro, algum caso de responsabilidade civil dolosa ou culposa, estaria pressuposta uma via indireta, mas efetiva, de limitação ao direito de procriação, assim como um reconhecimento implícito de sua ilicitude em determinadas situações e da obrigação – não só do direito – dos pais para com sua descendência de engendrar-lhes um genoma sadio, ou de abster-se de procriar. Neste sentido, foi sustentado que “a descendência tem o direito de que seja realizada uma intervenção terapêutica sobre os gametas de seus pais (ou seja, terapia gênica em linha germinal) se isso for essencial para assegurar-lhes um genoma sadio”.⁴⁷ Em qualquer caso, deve-se ser consciente de que este é o grande dilema que terão de enfrentar, no futuro, os pais antes de conceber, se não se opta com clareza pela reafirmação de seu direito a tomar este tipo de decisões a partir de sua intimidade como expressão de sua dignidade, baseadas em seu livre arbítrio, mas necessariamente informada por meio de campanhas educativas não direcionadas.⁴⁸

Embora a configuração da responsabilidade civil no direito espanhol (art. 1902 do CC) seja suficientemente ampla para permitir discutir, em minha opinião, sobre a inclusão de hipóteses similares à contemplada, outros aspectos de índole sociológica, cultural, assistencial e, inclusive, jurídica, que não vêm agora ao caso, dificultariam que prosperassem (p. ex., ausência de legitimidade processual por carência de titularidade de direitos subjetivos no momento da produção dos danos, por recaírem estes no “nasciturus”). Sobre isso, voltaremos mais adiante, no Capítulo dedicado à responsabilidade.

Estas considerações, especialmente a segunda delas (o interesse coletivo numa descendência sadia), leva-nos de volta à chamada eugenia negativa, e poderia resultar na proibição legal da reprodução de indivíduos portadores de genes indutores de doenças ou deficiências físicas ou mentais.⁴⁹ Esta questão foi amplamente discutida na literatura

46. V. CAPRON, *Legal Rights and moral rights*, ult. lug. cit., pp. 389 e ss.

47. John A. ROBERTSON, *Genetic Alteration of Embryos: the Ethical Issues*, em “Genetics and the Law, III”, cit., p. 125. Contra Bartha M. KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, Law Reform Commission of Canada, Ottawa, 1991, p. 61.

48. Neste sentido, KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage...*, cit., p. 57. que afirma que “seria, com efeito, realmente odioso impor decisões de procriação, em nome de uma “normalidade” definida pela coletividade”.

49. V. mais amplamente mais amplamente, Kurt HIRSCHHORN, *Practical and ethical. problems in human genetics*, em “Biomedical Ethics and the Law, New York, 1976, pp. 341 e ss.

norte-americana, utilizando-se em favor da restrição dois princípios fundamentais: o do dano ("harm principle"), segundo o qual a produção de determinados danos específicos a uma pessoa ou a um grupo justifica a intervenção estatal, em forma coercitiva, com o objetivo de sua proteção; o princípio paternalista ("paternalistic principle"), que permite ações coercitivas contra a vontade da pessoa quando aquelas são dirigidas à proteção desta contra seu próprio comportamento, hipótese cuja existência não aprecio no caso em discussão: o fato de ter filhos com anomalias genéticas ou hereditárias não constitui, em sentido estrito, um mal pessoal para os progenitores em si. Da descrição e importância destes princípios ocupou-se, em diversas ocasiões, Beauchamp,⁵⁰ mesmo considerando-os insuficientes, como fundamento, para uma restrição deste direito à procriação.⁵¹ Por sua vez, o também norte-americano Joseph Fletcher considera aplicável a esta questão o princípio do dano, o que implica admitir uma restrição ao direito de procriação.⁵² Por vezes, como argumento de acréscimo favorável a esta restrição, é afirmado que os direitos humanos individuais são negociáveis, de conformidade com seu contexto histórico.⁵³

Provavelmente, como desenvolvimento das consequências de um ou de outro princípio, foi proposto – também no âmbito norte-americano – que se coloque, como condição, às mulheres grávidas que desejem submeter-se a um diagnóstico pré-natal, antes de fazer-lhes as provas, que aceitem submeter-se ao aborto, caso os resultados destas provas sejam positivos. Entre outras razões, empregou-se o argumento de que o diagnóstico representa um certo risco para o feto sadio, além de um gasto inútil de recursos pouco abundantes: um diagnóstico que não conduzisse ao aborto do feto doente careceria de sentido.⁵⁴ Esta formulação teve, como resposta, o reexame da finalidade a que está destinado este diagnóstico, que, além de servir para prescrever o aborto, abre as portas para o tratamento – ainda limitado – do feto e também

50. V., por exemplo, Tom BEAUCHAMP/ Laurence B. McCULLOUGH, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*, Labor, Madrid, 1987, pp. 10 e ss.

51. Thomas L. Beauchamp, *On justifications for coercive genetic control*, in "Biomedical Ethics and the Law", New York 1976, pp. 364 es.

52. Joseph FLETCHER, *The Ethics of Genetic Control*, Carden City, Doubleday, 1974, pp. 29 e s.; o mesmo, *Knowledge, Risk and the Right to Reproduce. A limiting Principle*, cit., pp. 133 e s.

53. Lawrence P. ULRICH, *Reproductive rights and genetic disease*, in "Biomedical Ethics and the Law", New York 1976, pp. 353 e ss.

54. V. referências em Tabitha POWLEDGE/ John FLETCHER, *Recommandation concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal*, in "Cahiers de Bioéthique" Québec, 1980, p. 94.

consegue por esta via, o procurado objetivo de uma população sadia. Discutiu-se, paralelamente, o papel antecedente a um aborto, que deve ter o aconselhamento genético, mais claramente, se ele deve ser diretivo ou não, pois é evidente a influência que o médico exerce sobre o casal ou sobre a mãe, segundo lhes seja apresentada a situação revelada pelo diagnóstico. Como já deixamos assente no Capítulo anterior, o aconselhamento não diretivo, enquanto se considera como a mera transmissão, por parte do conselheiro, da informação obtida, assim como a assistência ao casal na tomada de sua decisão, mas sem ordenar, recomendar ou influenciar nessa decisão, é preferido pela grande maioria, frente ao diretivo (onde o médico "recomendaria" a decisão a ser tomada ou, inclusive, a impor, por estar facultado legalmente), pois somente desta forma fica garantida a liberdade de opção dos consultantes, de acordo com suas convicções pessoais⁵⁵ e o respeito à intimidade individual ou familiar.

Por fim, em alguns países, estabeleceram-se limitações legais para a celebração do matrimônio entre pessoas que apresentam riscos (doentes mentais ou venéreos) em sua descendência comum.⁵⁶ Já mencionamos, na atualidade, algumas experiências de adoção do certificado pré-nupcial ou certificado médico sanitário de futuros contraentes; embora este certificado seja necessário para a realização do matrimônio, os resultados que possam refletir não constituem por si mesmos um impedimento para sua celebração, motivo pelo qual não representam limitação à reprodução, mas um apelo à responsabilidade reprodutiva. A Lei chinesa de 1994 proporciona-nos um claro exemplo de limitação à liberdade de procriar: se, como consequência das investigações pré-matrimoniais, se conclui que um dos membros do casal se encontra no período infeccioso de uma doença infecciosa concreta ou, em fase encubada de uma doença mental concreta, os requisitantes postergarão sua união matrimonial (art. 9); quando lhes tenha sido diagnosticada uma doença genética grave que seja considerada inconveniente para a maternidade do ponto de vista médico, os requisitantes poderão casar-se desde que aceitem efetuar medidas anticonceptivas durante longo tempo ou se submetam a uma esterilização (art. 10).⁵⁷ Por conseguinte, neste último caso, fica a eles proibido o matrimônio, salvo se se submetam a uma esterilização ou

55. Fernande ROUSSEAU, *Nouvelles technologies de la reproduction (Questions soulevées dans la littérature générale)*, Quebec, 1986, p. 60.

56. Luis JIMENEZ DE ASUA, *Libertad de amar y derecho de morir*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1984, pp. 167 e ss.

57. Não obstante, se o casal não está de acordo com o resultado do reconhecimento, pode solicitar uma avaliação técnico-médica e obter o certificado correspondente (art. 11).

a medidas anticonceptivas por tempo indefinido. A eugenia coercitiva manifesta-se assim com todas as suas características e com um censurável desconhecimento dos direitos humanos.

A partir da perspectiva jurídico-constitucional espanhola, não parecem lícitas restrições ao direito de reprodução, como as mencionadas,⁵⁸ quando aquele é exercitado consciente e responsavelmente,⁵⁹ já que estes constituem inequivocamente parte integrante dos direitos reconhecidos e protegidos por declarações ou convênios internacionais, como são o direito de fundar uma família sem discriminação de nenhuma classe e o direito de proteção à vida privada, defendidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 12 e 16), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 23.2 e pela Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (arts. 8 e 12), aos quais, como já vimos, se vincula expressamente a CE para a interpretação das normas relativas aos direitos fundamentais e liberdades por ela própria reconhecidos (art. 10.2). A própria CE reconhece, como vimos, o direito de fundar uma família (art. 39.1) e à intimidade pessoal e familiar (art. 18.1). Antepor, por via legislativa, nestes casos, os interesses coletivos aos individuais seria contrário aos direitos fundamentais mencionados, e representaria uma intromissão no conteúdo essencial (que veda o art. 53.1 da CE) do direito fundamental à intimidade familiar, posto que, seja qual for o entendimento do conteúdo deste, concordar-se-á sempre que a organização familiar (incluindo a planificação da descendência) faz parte integrante de seu núcleo (de seu conteúdo essencial). Muito pelo contrário, e como declarou o TC,⁶⁰ o Estado tem a obrigação de abster-se de interromper ou obstaculizar o processo natural da gestação, assim como de proteger a vida do *nasciturus*; além disso, deduz-se da CE a obrigação de prestar os meios assistenciais especiais⁶¹ necessários para o tratamento, reabilitação e integração social dos deficientes físicos, sensoriais e psíquicos (art. 49 CE),⁶² mandato constitucional que já teve

58. V., neste sentido, Luis ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, in "La despenalización del aborto", (ed. S Mir Puig), Bellaterra 1983, p. 70, para quem o Estado não pode impor o aborto, por estar-lhe vedado constitucionalmente.

59. Situação distinta à do casal ou da mãe aos quais faltam essas condições (ou capacidade mental) para assumir plenamente sua descendência.

60. STC 53/1985, de 11 de abril.

61. Além dos gerais, que contem o art. 43 da CE, onde é reconhecido o direito à proteção da saúde, foram desenvolvidos pela "Ley General de Sanidad", de 25 de abril de 1986.

62. Assim reza o Art. 49 da CE: "Os poderes públicos realizarão uma política de previsão, tratamento, reabilitação e integração dos deficientes físicos, sensoriais e psíquicos aos quais prestarão a atenção especializada que requeiram e os ampararão especialmente para o desfrute dos direitos que este Título outorga a todos os cidadãos".

um reflexo, por enquanto mais teórico que prático, na Lei de integração social dos deficientes.⁶³

De qualquer maneira, não se deve esquecer que, do ponto de vista moral, se insistiu em que a paternidade responsável e consciente comporta também o dever – moral – da eugenia em suas duas facetas: contribuir para manter e melhorar as potencialidades da espécie humana e prevenir as doenças hereditárias pela carga ao bem comum que estas pressupõem; por outro lado, o filho deve ser considerado como um valor em si e não simplesmente como um bem útil para os pais,⁶⁴ devendo-se favorecer seu nascimento no melhor estado de saúde possível.

3. Autonomia reprodutiva e práticas de eugenia negativa

Assinalamos, anteriormente, que o direito à procriação é uma projeção dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais reconhecidos por algumas constituições. Em consequência, as pessoas têm a liberdade de organizar seus desejos de ter descendência, como de não tê-la, e adotar as medidas que considerem oportunas para a consecução de seus propósitos de planificação familiar, sem prejuízo das limitações que possam derivar da proteção de outros bens jurídicos afetados, como a vida do *nasciturus* e os direitos de paternidade e maternidade do futuro filho, em relação às técnicas de reprodução assistida. Por conseguinte, as medidas de planificação familiar podem também estar direcionadas a evitar o nascimento de filhos com malformações pré-natais (seja com o fim de evitar-lhes sofrimentos, ou para proteção própria e dos demais filhos), seja adotando cautelas para não ter filhos, seja para assegurar-se de que nascerão sadios. Em termos eugênicos, seriam, respectivamente, medidas de eugenia negativa (anticoncepcionais, esterilização e aborto) ou de eugenia positiva (técnicas de reprodução assistida e terapia gênica). Mas além, e em relação à eugenia positiva, os pais poderiam pretender melhorar ou aperfeiçoar algumas características físicas de seus futuros filhos, que nasceriam, em princípio, normais (também por meio das técnicas de reprodução assistida e engenharia genética).

A maior parte destas decisões são admitidas partindo do pressuposto da autonomia e responsabilidade das pessoas na esfera de sua

63. Ley 13/1982, de 7 de abril.

64. Jaime VIDAL MARTINEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil: Introducción y panorama general*, em "Revista General de Derecho", pp. 336 e s.

intimidade, isto é, sem imposições heterônimas. Significa que o Estado não está legitimado para intervir estabelecendo ou impondo diretrizes de planificação familiar ou de caráter eugênico dirigidas à população; são decisões individuais sobre cujo possível desígnio eugênico não pode interferir o Estado. Baseadas na relação médico-paciente, aquele também não está facultado a influir nas decisões deste. Não obstante, dados os bens jurídicos implicados, costuma-se estabelecer uma série de requisitos ou procedimentos que tentam garantir a liberdade da decisão, assim como reduzir, ao máximo, os riscos que possam representar para a saúde dos afetados, ou limitar o acesso a certas técnicas quando, efetivamente, podem ser envolvidos interesses de terceiros. Finalmente, algumas práticas de eugenia, em concreto negativa, como a anticoncepção e a esterilização, defrontam-se com máculas de heteronomia quando afetam a deficientes mentais que não estão em condições, por eles próprios, de decidir.

3.1. Procedimentos de prevenção reprodutiva. Os procedimentos anticoncepcionais

Como procedimento de prevenção da reprodução encontram-se os produtos anticoncepcionais, que podem ser utilizados tanto pelo homem, quanto pela mulher. Não existirá o delito de esterilização ou de causação da esterilidade, subsumível aos delitos de lesões corporais, enquanto a utilização dos meios concepcionais significa unicamente a privação temporária da capacidade de reprodução que se recupera com a interrupção da ingestão de produto farmacêutico ou a aplicação de dispositivos adequados. Pode-se afirmar que o acesso aos meios anticoncepcionais é, em geral, nos dias atuais, livre, embora para alguns deles – p. ex., os anovulatórios e dispositivos intra-uterinos – seja necessária, em certas ocasiões, a previa prescrição médica ou outros requisitos: aquela converteu-se, na prática, numa mera formalidade. No entanto, em alguns países, como nos E.U., os produtos anticoncepcionais exigem a autorização prévia da autoridade administrativa correspondente (a *food and drug administration*) e, inclusive, em alguns casos já foi necessária a obtenção judicial de apoio constitucional para garantir o direito a seu livre acesso por parte de pessoas casadas, partindo do direito à vida privada, e dos direitos dos indivíduos adultos não casados, portanto, do princípio de igualdade, em relação com os casados.⁶⁵

65. Barry FURROW E OUTROS, *Medical Law. USA*, "International Encyclopedia of Laws", vol. 2, Kluwer Publ., Deventer, Boston, 1994, pp. 137 e s.

No Direito espanhol, o antigo delito de difusão de meios anticoncepcionais encontrava-se, até o ano de 1978, dentro do Capítulo dedicado ao aborto;⁶⁶ a partir dessa data, passou a ser um delito contra a saúde pública, configurado como a venda de meios anticoncepcionais sem cumprimento das formalidades legais (art. 343 bis do anterior CP), motivo pelo qual se devia remeter à norma correspondente;⁶⁷ o novo CP suprimiu finalmente este delito.

Quanto ao acesso a estes procedimentos por menores de idade (principalmente por parte de adolescentes do sexo feminino), não entendemos que exista proibição legal a esse respeito, nem que, para sua prescrição e consumo, seja necessário o consentimento paterno, mas sim que o médico agirá no sentido de prescrever a receita apropriada (ou de ministrar-lhe informação sobre prevenção da gravidez) em regras gerais, isto é, à capacidade natural de juízo e maturidade da paciente em relação às conseqüências (de tipo fisiológico ou outras) e efeitos (prevenir a gravidez) da utilização do meio anticoncepcional que em cada caso recomende.⁶⁸ Neste ponto, existe concordância com a Lei Geral de Sanidade quando faz alusão à capacidade de consentir do paciente.⁶⁹

Quanto aos incapazes, a respeito dos quais é mais previsível sua aplicação com fins eugênicos – e sobretudo sua esterilização, se é legalmente possível –, podemos chegar à conclusão de que, a eles, se poderá aplicar meios anticoncepcionais com a prévia autorização de seus representantes legais,⁷⁰ pois, dado que não são irreversíveis e seus efeitos cessam pouco tempo após sua administração, não poderiam acarretar lesões corporais, e, por isso, não seriam afetados pela proibição do art. 155.2 do CP (que para os efeitos atenuantes gerais do consentimento do interessado previstos no parágrafo prece-

66. No art. 416 do CP, ns. 4 e 5, suprimidos pela Lei 45/1978, de 7 de outubro.

67. R. D. 3033/1978, de 15 de dezembro sobre o uso e publicidade de anticonceptivos. V. também a Lei 14/1986, de 25 de abril (especialmente arts. 95 a 103); Lei 25/1990, de 20 de dezembro; R. D. 1910/1984, de 26 de setembro, de Receita Médica

68. Da mesma opinião, ARROYO ZAPATERO, *Los menores. de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, em "Estudios Penales y Criminológicos", XI, Universidad de Santiago de Compostela, 1988, p. 13

69. V. art. 10.6.b, que faz alusão apenas a que o interessado não esteja capacitado de tomar decisões, como exceção à necessidade do consentimento.

70. Do mesmo parecer para o Direito britânico, John K. MASON, *Medical aspects of reproduction and parenthood*, Darmouth Publishing Co., Albershot, 1990, pp. 46 e ss., onde se ocupa com pormenores da aplicação de meios anticonceptivos a menores e deficientes mentais.

dente, exclui menores e incapazes).⁷¹ Por outro lado, os dispositivos intra-uterinos que têm o efeito ambivalente de impedir a fecundação do óvulo ou que este, fecundado, se desenvolva ou seja implantado, são considerados por lei como anticoncepcionais; além disso, sua ação produzir-se-ia dentro do período de desenvolvimento do zigoto anterior à implantação, que fica à margem da intervenção penal.⁷² A chamada pílula do dia seguinte (profisterona, RU 486), ingerida de uma só vez e que impede o desenvolvimento do óvulo fecundado, dada sua condição, entre outras, de antiprogesterona, deverá assemelhar-se aos procedimentos anticoncepcionais, em seu tratamento jurídico-penal, sempre que atuem nessa fase inicial, pois, do contrário, comportar-se-ia como um abortivo e estaria submetida a todos os controles e procedimentos previstos para o aborto voluntário permitido,⁷³ como são a existência de indicação adequada⁷⁴ e sua prescrição médica.

3.2. *Procedimentos de prevenção reprodutiva: a esterilização eugênica*

3.2.1. O pressuposto: a licitude da esterilização consentida

Por esterilização, devemos entender, para os efeitos penais, a ação de privar *permanente* ou *duradouramente* a capacidade reprodutiva de uma pessoa. Pressupõe para sua consecução a utilização de qualquer procedimento não natural, que se evite, desta forma, a união do espermatozóide do homem com o óvulo da mulher (seja impedindo seu fluxo normal, seja eliminando sua produção), sem que fique afetada nem a libido, nem a capacidade de realizar o ato sexual de cada um deles. Para alcançar o objetivo da esterilização, é suficiente submeter à intervenção correspondente a um dos membros da casal, pois a incapacidade de procriação de um deles, como é sabido, impede por si só a concepção. Deve-se ter presente o fato de que uma privação

71. Segundo o art. 155 do CP: Nos casos de lesões, se mediou o consentimento válido, livre, espontânea e expressamente emitido pelo ofendido, impor-se-á a pena inferior num ou dos dois graus. Não será válido o consentimento outorgado por um menor de idade ou um incapaz.

72. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 147 e ss.

73. Assim, parece pronunciar-se o Comitê Consultivo Nacional da França, em seu *Avis sur l'utilisation de la mifepristone (RU 486)*. Tenha-se também em conta que o Código Penal de 1995 suprimiu o delito relativo à indicação de abortivos (art. 416 do CP derogado)

74. Art. 417 bis do anterior CP mantido em vigor pelo CP de 1995, disposição derogatória única. 1.ª.

da capacidade reprodutiva destas características acarreta um delito de lesões corporais mais ou menos grave (art. 149 do CP espanhol), como atentado à integridade corporal da vítima.

Independentemente de todas as modalidades de esterilização que possam ser apresentadas, a privação da capacidade de procriação de uma pessoa é uma conduta com caráter geral penalmente perseguida no direito comparado e, desde logo, também no espanhol. Afirma-se que a supressão voluntária da capacidade geradora de filhos de outra pessoa constitui um grave atentado à sua integridade física e ao desenvolvimento de sua personalidade, privando-o de uma função tão vital e que transcende a ela mesma, já que se elimina não só a possibilidade de perpetuação da família do indivíduo através de seus filhos, como também coloca em perigo a sobrevivência da própria espécie humana e embora estas condutas apareçam nos códigos penais punidas como atentados contra a saúde e integridade pessoal das pessoas consideradas individualmente, na classe dos delitos de lesões corporais, há claras reminiscências históricas, no que tange à sua punição, à agressão que representam também para coletividade e igualmente à gravidade das penas com que são acompanhadas, gravidade que dificilmente encontraria outra explicação mais convincente. E isso sem olvidar que estes atentados se incluem na área do delito de genocídio, onde está presente uma clara referência ao grupo – mais que ao ser humano, enquanto espécie –, embora tais figuras delituosas respondam a concepções diversas, mais acordes com as concepções ético-sociais vigentes na atualidade.

A esterilização voluntária, isto é, permitida pelo interessado, como é sabido, – faça parte ou não de um casal –, é lícita na maior parte dos sistemas jurídicos, p. ex., Suécia e E.U.⁷⁵

Está também expressamente prevista no Direito espanhol: “não obstante o disposto no art. anterior, o consentimento livre, consciente e expressamente emitido, exime de responsabilidade penal nos casos de transplante de órgãos efetuado de acordo com o disposto na Lei, esterilizações e cirurgia transexual realizadas por médico, salvo a hipótese em que o consentimento foi obtido com vício, ou mediante pagamento ou recompensa, ou o outorgante seja menor de idade ou incapaz, hipótese em que não será válido o consentimento por estes prestado, nem o prestado por seus representantes legais”.⁷⁶

75. Barry FURROW e outros, *Medical Law United States of America*, “International Encyclopaedia of Laws, vol. 2 Kluwer Publ. Deventer – Boston, 1994, p. 131.

76. Art. 156.1 do CP; mais adiante ocupar-nos-emos do segundo parágrafo. Veja-se, mais acima, em nota, o texto do artigo anterior a que alude. São escassas as

Com esta regulamentação, é mantida uma posição de clara liberalização no que se refere à disponibilidade do bem jurídico protegido, sobretudo, no que concerne à esterilização, que deve ser qualificada como correta, pois comporta, com efeito, um reconhecimento implícito mais amplo do direito individual à não reprodução o que se podia deduzido na prática pela despenalização da utilização de outros meios anticoncepcionais. Por conseguinte, a esterilização autorizada pelo interessado é lícita no ordenamento jurídico espanhol, graças a esta causa de justificação, seja qual for a finalidade perseguida pelo interessado, terapêutica ou não terapêutica, sempre que não colidam com os requisitos fixados no CP. Isso inclui no âmbito despenalizador, a esterilização motivada por algumas das indicações conhecidas: eugênica, econômico-social (planificação familiar); mas também se não há nenhuma indicação, quer dizer, motivação explícita – e o interessado a autorizou com plena liberdade. Porém, não é permitida a esterilização imposta ou coativa, isto é, contra a vontade do interessado (p. ex., por razões de política demográfica do Estado), pois é evidente sua inconstitucionalidade.

3.2.2. Requisitos específicos da esterilização eugênica

Dados os importantes efeitos representados pela esterilização para a integridade corporal e a capacidade reprodutiva da pessoa a ela submetida, assim como os precedentes dos abusos cometidos no passado em torno da esterilização realizada com propósitos eugênicos – prevenir graves doenças ou anomalias físicas ou psíquicas na descendência – reconheceu-se a necessidade de cercá-la de requisitos estritos, seja por via normativa, seja por via judicial.

modificações realizadas a respeito do texto do CP derogado, introduzido, em 25 de junho de 1983: “Não obstante o disposto no parágrafo anterior, o consentimento livre e expressamente emitido exime de responsabilidade penal nos casos de transplante de órgãos efetuados, conforme o disposto em Lei, esterilizações e cirurgia transsexual realizadas por médico, salvo se o consentimento tenha sido obtido viciadamente, ou mediante preço ou recompensa, ou o outorgante for menor ou incapaz, caso em que não será válido o consentimento prestado por estes, nem por seus representantes legais (art. 428.2 do CP). O parágrafo anterior a que alude diz” as penas assinaladas no capítulo anterior (dedicado às lesões corporais) impor-se-ão nos respectivos casos ainda quando mediar consentimento do lesionado”. Com a reforma do CP, de 21 de junho de 1989, acrescentou-se um novo inciso ao referido art. 428.2 do qual nos ocuparemos mais adiante: “Sem embargo, não será punível a esterilização de pessoa incapaz que esteja atacada de grave deficiência psíquica, quando aquela tenha sido autorizada pelo Juiz, a requerimento do representante legal do incapaz, ouvido o parecer de dois especialistas, o Ministério Público e a prévia investigação do incapaz.

Na Suécia, a Lei sobre este tema (*Steriliseringslagen*, 1975, 580) exige que seja realizada por um médico, que o interessado tenha a idade de vinte e cinco anos, que tenha sido informado sobre a intervenção em si, sobre suas consequências e sobre as alternativas existentes para evitar descendência e que tenha dado seu consentimento. Entre os 18 e 25 anos, a esterilização pode ser autorizada pela Comissão Nacional de Bem-Estar social, com prévio requerimento do interessado, no caso da chamada indicação genética, isto é, quando é determinada a existência de um risco elevado de transmitir à descendência certas características hereditárias que podem dar lugar a uma doença ou anomalia mental grave, ou a uma doença corporal grave, ou a um defeito de outra natureza. A infração da lei provoca a imposição de uma multa ou de até seis meses de prisão.⁷⁷

Nos E.U., o fracasso legislativo das leis aprovadas durante a primeira metade deste século e suas abusivas aplicações judiciais levaram a considerar estas práticas com maior cautela. As normas federais limitam-se a não destinar recursos do sistema de assistência de saúde pública (*Medicaid* e *Medicare*) para a esterilização de menores de vinte e um anos ou deficientes mentais; as normas dos estados da União costumam referir-se unicamente a limites por razão de idade. Sob ângulo judicial, embora formalmente não tenha sido modificada a sentença do STF no caso *Buck versus Bell* 1927) que declarou constitucional a esterilização de uma jovem epilética e débil mental, não tornou a empregar tal precedente, hoje geralmente rechaçado.⁷⁸ Em seguida, faremos alusão às tendências atuais sobre garantias para a esterilização de deficientes mentais.

É indiferente, como já ressaltai, o fim perseguido pela pessoa para efeito de licitude da esterilização voluntária, bastando que concorram os requisitos estabelecidos pela lei. Em primeiro lugar, é necessário que a esterilização seja praticada “por um médico, o que freqüente, mas não necessariamente, corresponderá a um cirurgião (para a prática da salpingotomia na mulher), ou capacitado em cirurgia menor (vasectomia no homem). Este atuará no exercício legítimo de sua profissão, autorizado, para este caso específico, pelo próprio CP. Porém não basta, para que o médico fique amparado pela causa de justificação, a alegação de sua condição profissional. Este deverá contar, além disso, com o consentimento de quem se submeterá à intervenção esterilizadora. A exigência da intervenção do profissional é um requisito

77. V. Lotta WESTERHÄLL *Medical Law. Sweden*, “International Eyclopedia of Law”, vol. 2, Kluwer Publ., Deventer – Boston, 1993, pp. 104 e s.

78. FURROW e outros, *Medical Law. United States of America*, cit., pp. 132 e s.

indispensável, o que nos faz pensar, segundo apontei anteriormente⁷⁹ que o legislador parte da presunção *juris et de jure* – que não admite prova contra essa presunção – de que, sem a participação de um médico, a realização da esterilização poderia implicar graves riscos para a saúde do indivíduo, o que se infere da manutenção de tão severa pena no caso de que a pratiquem terceiros, alheios à medicina.

Todos os *demais requisitos* para que a esterilização seja válida giram, de um modo ou de outro, em torno das condições que deve reunir de forma positiva ou negativa – o *consentimento do interessado*: livre (não coagido ou obtido sob ameaça) e expresso (verbal ou escrito, mas não presumido ou tácito),⁸⁰ não viciado (que não se dê mediante erro), que não pressuponha pagamento ou recompensa,⁸¹ restrição acertada e coerente com a legislação vigente sobre extração e transplante de órgãos, e que o outorgante seja um adulto com plenitude de suas faculdades, ou considerada a redação legal, que não seja menor ou incapaz. De todos estes requisitos o que apresenta um maior interesse para a indicação eugênica⁸² da esterilização é o relativo à questão de não ser o outorgante menor ou incapaz. Por apresentar maior interesse a partir do ponto de vista da eugenia será tal matéria cuidada em seguida.

3.2.3. A eugenia e a esterilização de deficientes mentais

A esterilização apresenta especial interesse e conflituosidade em relação aos deficientes mentais,⁸³ pois a pessoa afetada, em certas manifestações das oligofrenias, é fértil (embora a oligofrenia tenha sua origem em monossomias e trissomias – no par cromossômico 21 –,

79. Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, in “Comentarios a la legislación penal”, t. V, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1985, p. 955.

80. V. a “Ley General de Sanidad”, art. 10. 5 e 6.

81. Um problema muito interessante que se depreende do texto é o relativo aos casos em que os diversos vícios (incluído, o preço ou recompensa) do consentimento são provocados por um terceiro, mas são desconhecidos pelo médico. Este responderia pelo fato doloso unicamente se seu erro – de proibição –, quer dizer sobre a licitude da conduta – era vencível (art. 14.3 do CP de 1995) A respeito do terceiro, poderia formular-se uma indução ou inclusive uma autoria mediata, segundo os casos.

82. Sobre a esterilização de menores por motivos eugênicos, v. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana* cit., p. 268 e ss.

83. Sobre la situación no direito comparado (Reino Unido, França, Itália, República Federal Alemã e Estados Unidos), v. SILVA SANCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*. cit pp. 28 e ss. e 39 e ss.

os gametas destas pessoas são férteis, mas há nelas o que se denomina infertilidade real) e há riscos de que se produza uma gravidez indesejável, no caso da mulher, sobretudo, quando desenvolvem uma vida coletiva (p. ex., em centros especiais de educação ou internatos), sem mencionar o fato de que estas pessoas, segundo a própria consciência social que se desenvolveu nos últimos tempos, não devem ser proibidas de terem acesso à vida sexual. Partimos aqui da hipótese, não infrequente, de que não é possível, conveniente ou eficaz a utilização indefinida de outros meios anticoncepcionais reversíveis (anovulatórios, injetáveis de absorção ou metabolização lentas, etc.).

Nestes casos, formula-se um problema duplo – ou dupla indicação: que a descendência nasça com anomalias ou doença de origem genética⁸⁴ (indicação eugênica) e não tenha a possibilidade concreta de mantê-la economicamente e realizar as funções da maternidade ou, mesmo da paternidade, além do fato de que, a partir da perspectiva jurídica costumam estar privados de seus direitos civis, como o pátrio poder (indicação econômico-social), de modo que a carga de seu sustento e educação recairia também sobre os representantes legais do deficiente mental. Pode suceder também com determinados doentes mentais (p. ex., com esquizofrênicos), mas neles se apresentam características bem diversas, como a possibilidade de reversão de sua enfermidade ou de existência de períodos lúcidos de duração variada.

Os abusos cometidos nos E.U. com relação a “supostos” deficientes ou “anormais” mentais provocou uma reação – embora tardia –, com o fim de fixar algumas garantias para sua realização. Por via judicial foram estabelecidas as mais significativas garantias e, a este respeito, tem especial interesse a decisão do Supremo Tribunal do Estado de Washington (*Guradianship of Hayes*, 1980). Estes são os requisitos que deverão estar presentes antes que se realize a esterilização numa pessoa mentalmente incapaz:⁸⁵ 1.º o paciente deverá ser autenticamente incapaz, no sentido de não poder tomar uma decisão informada sobre sua própria esterilização nem no presente, nem previsivelmente no futuro; 2.º o paciente deverá ser apto para a procriação e esta deverá ser a única coisa que se pretende prevenir; 3.º deve existir a probabilidade – não a mera possibilidade – de que o paciente mantenha

84. V. a respeito F. BORRUTO/J.M. CARRERA, *Etiología general de los derechos congénitos*, in “Diagnóstico Prenatal” (ed. J. M. Carrera), Salvat, Barcelona, 1987, pp. 21 e ss.; M. T. SOLE, *Anomalías cromosômicas*, no mesmo lugar, pp. 59 e ss.; J. M. CARRERA, *Deficiencia Mental*, no mesmo lugar, pp. 131 e ss.

85. Segundo FURROW e outros, *Medical. Law. United States of America*, cit., pp. 134 e s.

relações sexuais; 4.º o paciente não deverá ter, de forma perpétua, capacidade para cuidar de sua própria descendência, inclusive com ajuda; e 5.º a esterilização deve ser o último recurso disponível, levando-se em conta para isso os avanços previsíveis da ciência.

A importância prática da questão no Direito espanhol pode ser comprovada nas *Consultas del Fiscal General del Estado*, n. 3/1985, sobre a “capacidade dos oligofrênicos para prestar o consentimento previsto no art. 428.2 do CP”, e n. 1/1991, de 31 de janeiro, as quais constituem um reflexo de que, ao menos as esterilizações de deficientes mentais, são uma realidade em nosso país, de que foi necessária a introdução de um regime legal para estes casos na reforma do CP de 1989 e de que o Tribunal Constitucional espanhol teve de pronunciar-se recentemente sobre a constitucionalidade deste preceito.

Antes da introdução, em 1989, do segundo inciso do art. 428.2 do CP anterior, discutia-se qual era a interpretação correta da expressão “incapaz” utilizado no primeiro inciso e que perdurou no CP de 1995, em seu art. 156.1: se, no sentido penal, o alienado (n. 1.º, art. 8.º do CP derogado) ou aquele que no momento do cometimento da infração penal, por causa de qualquer anomalia ou alteração psíquica, não pode compreender a ilicitude do fato ou atuar conforme essa compreensão (n. 1, art. 20 do CP de 1995), ou aquele que sofre alterações na percepção desde o nascimento ou desde a infância n. 3, art. 8.º do CP anterior e n. 3, art. 20 do CP de 1995, respectivamente); ou no civil, aquele que, por sofrer uma enfermidade ou deficiência persistente de caráter físico ou psíquico, não possa governar-se por si mesmo.⁸⁶ Devemos interpretar em conexão com a última alternativa, ou seja, com a civil, embora se verifique, em seguida, como ambas as perspectivas (a civil e a penal) se interferem reciprocamente. Com efeito, podemos deduzir do Código Civil que a expressão incapaz que utiliza o CP é distinta da incluída naquele corpo legal: “ninguém pode se declarado incapaz, senão por sentença judicial em virtude das causas estabelecidas na Lei”, diz o CC (art. 199).

Significa que a condição de incapaz no Direito civil só tem efeitos jurídicas para quem foi declarado, como tal, por sentença judicial, ou seja, o incapacitado. Pode-se concluir que o alcance do termo incapaz do CP é maior que o de incapacitado do CC, posto que este requer essa prévia declaração judicial (embora em algumas ocasiões possa ser menor, como comprovaremos mais adiante). Para efeito do que é previsto no Código Penal, a situação de incapaz se restringe à impossibilidade de emitir um consentimento válido para ser esterili-

86. Art. 200 do Código Civil: São causas de incapacitação as doenças ou deficiências persistentes de caráter físico ou psíquico, que impedem à pessoa governar-se a si mesmo.

zado. Conseqüentemente, o relevante penalmente para que a causa de justificação do art. 156.1 do CP seja aplicável é que a pessoa possa compreender faticamente (independentemente de que tenha sido declarado ou não incapacitado pela autoridade judicial) o alcance e conseqüências de sua decisão de submeter-se a uma intervenção esterilizadora;⁸⁷ dito de outra maneira, que possua a capacidade natural de juízo e de compreensão sobre o referido ato,⁸⁸ com independência, em princípio e – agora – do que estabeleça o ordenamento civil para a capacidade de atuar; recorde-se que o pressuposto da incapacitação não está restrito unicamente a doenças ou deficiências persistentes de caráter psíquico (no caso de que possam ser apresentadas dúvidas sobre a capacidade material do afetado para consentir), mas também de natureza física, as quais em geral não repercutem na capacidade intelectual ou volitiva da pessoa. Isso não implica necessariamente uma ruptura da unidade do ordenamento jurídico, posto que tanto o Direito Penal, como o Civil, por serem setoriais, perseguem metas distintas.

Em vista do que foi afirmado, o importante no Direito Penal é determinar se esse consentimento representa a expressão autêntica da liberdade de decisão consciente da pessoa.⁸⁹ Porém, aqui nos encontramos com uma limitação proveniente do Direito privado, pois se o sujeito foi judicialmente declarado incapacitado carece de capacidade de atuar na vida civil, o que afeta a validade dos atos jurídicos que o incapacitado realize (como p. ex., estabelecer uma relação contratual com um médico para submeter-se a uma intervenção cirúrgica), e deverá constar de modo indiscutível nos termos da incapacitação fixados na sentença, posto que, de outro modo, a Lei não lhe autoriza a submeter-se voluntariamente a uma esterilização, ou seja, estamos condicionados ao que determina o Direito Civil, segundo o art. 267 do CC, ao dizer que “o tutor é o representante do menor ou incapacitado, salvo para aqueles atos que possa realizar por si só, seja por disposição expressa da Lei, seja pela sentença de incapacitação”. Se a sentença não contempla expressamente este extremo, isto é, que o incapacitado possa

87. V. neste sentido, Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, 1979, p. 114.

88. V. neste sentido, já ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, Bosch, Casa Ed. Barcelona, 1981, p. 316; SILVA SANCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, cit., p. 46; Javier BOIX REIG, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 132; Albin ESER/ Hans Georg KOCH, *Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation*, em “Medizinrecht, 1984, p. 8; Theodor LENCKNER, *Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation*, em “Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch” (ed. Albin ESER e Hans A. HIRSCH), Enke Verlag, Stuttgart, 1980, p. 187.

89. Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, Montreal, 1979, p. 114.

por si só, em dado momento, consentir em ser esterilizado por razões eugênicas e/ou econômico-sociais ou outras, omissão que será freqüente, nem o incapacitado – posto que o impede o CC, art. 267 – nem o representante legal – posto que o impede o CP, art. 156.1 – poderão consentir validamente na esterilização. Se, apesar disso, o incapacitado tiver capacidade de fato para compreender o sentido do ato de seu consentimento (e posto que o CP não impõe obstáculo algum a esta situação), dever-se-á instar a autoridade judicial a modificar o alcance da declaração já estabelecida, segundo prevê o art. 212 do CC, de forma que o incapacitado possa expressar validamente o consentimento que requer do art. 156.1 do CP ou, quando for o caso, a oposição de submeter-se à intervenção esterilizadora.

Resumindo, incapaz, no sentido da Lei penal, será quem não possua essa capacidade de juízo de fato mesmo que não tenha sido declarado judicialmente incapacitado, e o que, havendo sido, não tenha reconhecida a capacidade de consentir em sua própria esterilização pela sentença de incapacitação, inclusive na hipótese de que tenha a capacidade natural de juízo suficiente para compreender a magnitude do ato,⁹⁰ salvo se se declare a esse respeito o contrário, na sentença de incapacitação.⁹¹ Isto significa que o incapacitado civilmente a quem seja reconhecida esta capacidade poderá consentir – ou opor-se – validamente a respeito de sua própria esterilização, hipótese imaginável em pessoas – p. ex., oligofrênicos – com deficiências psíquicas não muito graves, e que, por isso, lhes dá a faculdade de compreender o alcance de determinadas decisões importantes.⁹² De acordo com esta interpretação, a esterilização não está vedada a nenhuma pessoa. Deve-se ressaltar entretanto que nem os representantes legais, nem o Juiz, têm competência para consentir ou autorizar a esterilização de um incapaz, de acordo com a regra geral estabelecida a este respeito pelo CP, sem prejuízo da exceção que estabelece o CP a partir de sua reforma de 1989 e prevê de modo semelhante o CP de 1995, em seu art. 156.2, como

90. Conclusão semelhante a que chegou o Ministério Público do Estado, em sua Circular 3/1985.

91. Também José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, Tecnos Madrid, 1990, p. 97.

92. Solução de natureza mista (material-formal) imposta por Lei, diante daqueles que defendem uma material (baseada apenas na maturidade ou capacidade natural de juízo do indivíduo) como vemos, não viável *de lege data*. Neste último sentido, SILVA SANCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, cit., p. 46; BOIX REIG, *La reforma penal de 1989*, cit. p. 132. De conformidade com o critério que se propõe, agrega-se uma garantia sobre a capacidade real da pessoa, a ser reconhecida pelo Juiz, em sua sentença, e se incumbe ao médico de ter de comprová-la

veremos mais adiante.⁹³ Esta tese é mantida também pela Circular 3/1985, do Fiscal Geral do Estado, antes da reforma de CP, ao afirmar que “a lei entende que o consentimento é ato personalíssimo e não substituível pela vontade de um terceiro, seja ele representante legal, seja ele o Juiz”. Tenha-se presente que esta conclusão continua sendo válida para os incapacitados que puderem prestar, nos casos referidos, seu consentimento por si mesmos.

Deste modo e até a reforma de 1989 do CP, ficava sem solução a questão mais importante, a dos(as) oligofrênicos(as) profundos(as), que não podem consentir por si mesmos, nem ser substituídos por seus representantes legais, nem ser autorizada a intervenção pelo Juiz (nem pode prevê-la na sentença de incapacitação ou em ato posterior), tendo em conta que, ao mesmo tempo, são aqueles deficientes profundos os que apresentam maiores carências pessoais para prevenir, com seu comportamento e precaução, uma gravidez, sem que a solução única devesse consistir em reprimir sua afetividade e natural expansão sexual.

Antes de que a referida reforma tivesse sido realizada, e que analisaremos em seguida, já tinha denunciado tão lamentável situação e propunha critérios de reforma a serem seguidos no futuro, que coincidem, em grande medida, com os que foram adotados pelo legislador em 1989, ao acrescentar o último inciso do art. 428.2 do CP anterior:

Em conclusão, as soluções definitivas devem provir das mãos do legislador, isto é, de uma norma legal. As reflexões antes assinaladas, não só de riscos de uma descendência com malformações, mas também da impossibilidade de o incapaz encarregar-se da descendência, com todos os deveres e obrigações que são inerentes à paternidade/maternidade, tornam aconselhável, em minha personalíssima opinião, que se regulamentem mecanismos jurídicos que permitam nos casos extremos, a possibilidade de realização de esterilização de uma pessoa incapaz. E digo possibilidade porque deve ser tida como faculdade, como uma capacidade de decisão que contemple o caso concreto e esteja fundamentada tanto no bem-estar do incapaz, de forma que possa ter acesso a relações sexuais flexíveis sem mais responsabilidades, como do potencial filho, que pode nascer disforme e/ou desamparado. Uma esterilização sistemática dos deficientes mentais conduzir-nos-ia a uma forma de eugenia que deve ser evitada e mesmo proscrita. *Para que a decisão de esterilizar fosse efetivamente adotada de forma a beneficiar o incapaz, deveriam tomar a iniciativa seus representantes legais*

93. Não obstante, mantinha a tese contrária, isto é, de que o Juiz podia resolver a petição dos familiares do incapaz, ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, cit., p. 19.

recorrendo ao Juiz, autorizá-lo, com assistência do Ministro Fiscal e os manifestações periciais pertinentes, e desde logo ouvindo o incapaz – ou incapacitado – e valorando sua capacidade real de julgamento e de compreensão da importância do ato médico a que vai ser submetido. Se existe esta capacidade de compreensão e o incapaz consente sem estar submetido a pressões, o Juiz, valorando as demais circunstâncias, e, em exercício de sua função protetora, deveria autorizar a intervenção. No caso de uma negativa do incapaz, e em idênticas condições mentais, teria de respeitar sua decisão”.⁹⁴ E terminava dizendo: “Seja qual for a posição que se adote em relação a este problema, força é convir que o legislador espanhol pecou por ser simplista ou, pelo menos, imprevidente num tema de tamanha complexidade, onde se acham em jogo bens e direitos da pessoa de tão grande transcendência. Se a intenção do legislador foi precisamente a de evitar a esterilização do incapaz, sob qualquer circunstância, o efeito produzido é o atraso e o desvio do problema para uma situação mais grave e conflituosa, tanto do ponto de vista médico, como do ético e jurídico: a do aborto por razões eugênicas ou econômico-sociais.”⁹⁵

A reforma do CP de 1989 esclareceu e resolveu a questão de forma muito próxima às sugestões por mim apresentadas, permitindo a esterilização da pessoa incapaz que sofra de grave deficiência psíquica”, para a qual se exige que “que tenha sido autorizada pelo Juiz por petição do representante legal do incapaz, ouvido o parecer dos especialistas e do Ministério Fiscal e feita prévia investigação do incapaz”. Esta ampliação pressupõe um reconhecimento implícito das teses que sustentavam a impossibilidade legal de submeter à esterilização um incapaz mediante autorização do Juiz e/ou solicitação dos representantes legais, frente aos quais propugnavam o critério oposto, pois a ser este o correto, não teria sido necessária a introdução, no CP, de tal previsão.⁹⁶ O CP de 1995 manteve uma previsão parecida, introduzindo um esclarecimento processual e um inciso muito importante, o qual comentarei depois:

“No entanto, não será punível a esterilização de pessoa incapacitada que possua grave deficiência psíquica quando aquela, tomando-se como critério reitor o do maior interesse do incapaz, tenha sido autorizada pelo Juiz, seja no próprio procedimento de incapacitação, seja num

94. Carlos, ROMEO CASABONA, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones juridicopenales*, em “La Ley”, 1987, pp. 846 e s.

95. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones juridicopenales*, cit., p. 847.

96. Neste sentido, Alfonso GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Ed CERA, Madrid, 1992, pp. 125 e ss.

expediente de jurisdição voluntária, tramitado com posterioridade ao mesmo, por petição do representante legal do incapaz, ouvido o parecer de dois especialistas, do Ministro Fiscal e prévia investigação do incapaz" (art. 156.2).

Antes de proceder à análise do regime legal de esterilização do deficiente mental no CP derogado e no de 1995, vamos mencionar a questão de inconstitucionalidade que promoveu um juiz espanhol sobre esta regulamentação e a decisão correspondente do TC que se baseou em torno de questões eugênicas. O TC pronunciou sua decisão em 14 de julho de 1994, declarando a regulamentação do art. 428.2, segundo inciso, conforme com a Constituição espanhola; não obstante, tenha havido cinco votos particulares de desconformidade do total de doze magistrados que integram o referido Tribunal, ainda que tivessem sido por motivos diferentes,⁹⁷ o que reflete a complexidade da questão que foi submetida à consideração. A sentença pronuncia-se com clareza e precisão, a respeito da exclusão do preceito, como possível instrumento governamental para a esterilização sistemática dos deficientes psíquicos, portanto, para fins eugênicos: "tal disposição, referida sempre a um caso concreto e excepcional, exclui completamente qualquer política governamental sobre a esterilização dos deficientes psíquicos". Com efeito, tratando-se de uma pessoa que sofre de grave deficiência psíquica que foi incapacitada previamente por decisão judicial e das garantias que se estabelecem para a autorização judicial da esterilização, verifica-se que se cuida de uma decisão que deve ser tomada de forma individualizada e atenta às características que apresente cada caso; que se deve atender de forma exclusiva para a decisão aos interesses e bem-estar do paciente e não aos de sua família ou de seus vigilantes, ainda que estes possam estar também presentes.⁹⁸ Esse bem-estar pode ser prejudicado sobretudo na mulher deficiente se ficar grávida, como consequência de manter relações sexuais, o que

97. Assim, Gabaldón López y de Mendezábal Allende se pronunciaram pela inconstitucionalidade do referido preceito; González Campos y Cruz Villalón, pela insuficiência de garantias e Gimeno Sendra, por desacordo na argumentação jurídica, embora de acordo com a sentença V. comentário crítico sobre esta sentença em Francisco MUÑOZ CONDE, *La esterilización de deficientes psíquicos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, in "Revista de Derecho e Genoma Humano", n. 2, 1995, pp. 185 e ss.; assim também, Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos* (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julho), em "Revista Jurídica de Cataluña", 1995, pp. 99 e ss.

98. MUÑOZ CONDE, *La esterilización de deficientes psíquicos*, cit., pp. 193 e ss. aponta que a sentença do TC desconhece estes interesses, que costumam apresentar-se na realidade.

ela não pode compreender, nem responsabilizar-se. O TC entende também que o princípio da proporcionalidade é respeitado pelo preceito, pois apesar da decisão esterilizadora lesionar aparentemente o direito à integridade física e moral reconhecido no art. 15 da Constituição, não atenta contra a dignidade, nem pressupõe um tratamento desumano ou degradante, proibido também pelo art. 15; é preferível a esterilização ao aborto, que “é uma medida mais traumática, especialmente para quem, por motivo de padecimento mental, carece nesse caso de nível de compreensão”; como também é preferível a uma vigilância total e a uma repressão absoluta da sexualidade, que poderiam enfrentar-se com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade do art. 10.1 da CE; o Tribunal ressalta, finalmente, que os meios anticoncepcionais tampouco são preferíveis, pois não oferecem a mesma segurança e certeza para o fim pretendido. Quanto aos aspectos processais, em que se firma o núcleo das garantias que devem cercar estas práticas, consideram-se eles apropriados, começando pela intervenção judicial, a mais importante, pois é “indispensável para que se possa dar a autorização, não para que tenha de concedê-la”

O CP de 1995 foi mais preciso em alguns aspectos terminológicos e processais, ao assinalar os momentos em que isso é possível, o que veremos, não obstante, que já havia sido debatido e solucionado pela doutrina e pela “Fiscalía General del Estado” em sua Consulta 1/1991.⁹⁹ O Código faz uma importante ressalva: “tomando-se como critério reitor o maior interesse do incapaz” (art. 156.2), o que merece uma valoração muito favorável, pois aniquila, com isso, qualquer tentativa de aplicação desviada do preceito que pretenda desatender à situação que se apresente, para o paciente, em cada caso concreto e favorecer, com isso, autorizações judiciais automáticas ou rotineiras à margem desse princípio reitor.

Quanto aos requisitos que exige a lei, os termos “pessoa incapacitada” ou “incapaz”, que utiliza a lei no art. 156.2 do CP vigente, mantêm o mesmo significado que o assinalado, por nós, no inciso ou parágrafo primeiro, respectivamente,¹⁰⁰ com uma exceção: posto que reza a lei que os representantes legais o solicitarão, a pessoa incapacitada – ou o incapaz – agora é exclusivamente a que foi

99. V. M.^a Paula DAZ PITA, *La esterilización de incapaces afectados por grave deficiencia psíquica: cuestiones procesales*, in “Actualidad Penal”, n. 42, 1995, pp. 809 e ss.

100. Assim, GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, cit., p. 131; Joseph TAMARIT I SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, PPU, Barcelona, 1990, p. 191 cit., p. 131.

previamente declarada pelo Juiz civil, em sua sentença de incapacitação (salvo se ao mesmo tempo fosse menor), mas já não pode incluir o incapaz de fato (ou presumido), posto que não teriam, do contrário, representantes legais nem poderiam atuar em seu lugar.¹⁰¹ Como se pode perceber, tal ponto ficou mais claro no novo CP no sentido indicado, pois alude já, sem equívocos, à pessoa incapacitada “neste segundo parágrafo”.

Por deficiência devemos entender, conforme o que adiantamos anteriormente, um impedimento (grave) de natureza psíquica e, geralmente, de origem genética ou perinatal, ou seja, limitado às oligofrenias ou a deficiências semelhantes adquiridas posteriormente;¹⁰² além disso, e como confirmação desta interpretação, dado que se trata de uma hipótese das que segundo o CC (art. 200), são causa de incapacitação e já que este distingue entre doenças e deficiências, esta palavra “deficiência” deverá ter um sentido estrito e diferenciado também no CP; e, finalmente, se o CC exige no mesmo preceito que sejam “persistentes”, alude a uma durabilidade da deficiência, quando não à sua irreversibilidade de fato; tudo isso conduz à conclusão de que a expressão legal não se refere a enfermidades mentais distintas da deficiências psíquicas irreversíveis. Parece correto que a deficiência do incapaz tenha de ser psíquica, pois embora uma deficiência física possa originar uma incapacitação judicial, não parece que aquela afete à sua capacidade de consentir, como já assinalamos. Que seja “grave” alude a uma deficiência profunda, das que não poderiam originar, em nenhum caso, a um consentimento válido, no sentido de constituir a expressão de uma maturidade ou capacidade natural de juízo suficientes,¹⁰³ isto é, os casos que propriamente cobriu a reforma do CP, pois os demais vimos que já a admitiam antes da reforma. Finalmente, embora seja duvidoso, o menor que apresente, ao mesmo tempo, uma deficiência psíquica grave e seja previsível que a mesmo “persistirá depois da maioridade “(art. 201 CC), poderá ser esterilizado por este procedimento legal, na medida em que fique incluído na exceção introduzida pela reforma de 1989¹⁰⁴ e mantida pelo novo CP.

101. Em termos semelhantes, Jacobo LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*, in “Cuadernos de Política Criminal”, n. 44, 1991, p. 340.

102. MUÑOZ CONDE, *La esterilización de deficientes psíquicos*, cit., pp. 206 e s., assinala, com razão, que a deficiência pode ter outra origem mais tardia, como um acidente ou uma meningite.

103. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*, cit., pp. 341 e s.

104. Da mesma opinião, com o mesmo argumentação, GUALLART DE VIALA, *La nueva protección de la integridad corporal y la salud*, cit., p. 132;

A iniciativa do procedimento, ante o Juiz de Primeira Instância do domicílio do incapaz, corre a cargo exclusivo dos representantes legais do incapaz.¹⁰⁵ Assim são evitadas as interferências indesejáveis de terceiros (os responsáveis pelos centros de recolhimento ou de educação destas pessoas) e do próprio Estado, posto que nem o Juiz, nem o Ministério Público, nada podem fazer sem o pressuposto da iniciativa dos responsáveis legais. Por sua vez, é ao Ministério Público que cabe velar para que a esterilização, se o Juiz a autoriza, se realize em benefício do deficiente e não dos interesses exclusivos dos representantes legais. Os pareceres dos especialistas (um psiquiatra, um ginecologista, um urologista, um assistente social ou um pedagogo que sejam especializados em deficientes, um representante do centro educativo que frequente ou no qual o deficiente se encontre internado), deverão referir-se tanto à condição psíquica do incapaz (se é grave ou não sua deficiência; se poderia assumir ou não a maternidade/paternidade; os efeitos para sua saúde derivados da intervenção), como às circunstâncias ambientais que podem aconselhar ou desaconselhar a intervenção. A análise do incapaz pelo Juiz é um procedimento correto, pois lhe permite, por si mesmo, avaliar melhor sua capacidade e situação e os possíveis efeitos que poderia produzir-lhe a esterilização.

A reflexão final que se impõe é a do fundamento de uma esterilização que não se arrime no consentimento do interessado, ou seja, que não tenha, como suporte, a livre decisão e expressão de autonomia do indivíduo, por ser este um deficiente psíquico grave e ser-lhe impossível concatenar uma decisão racional tão importante de sua vida pessoal. Podemos reconhecer na esterilização voluntária dos adultos mentalmente sadios o exercício de um direito à procriação (dirigida à planificação familiar ou a qualquer outro fim); do mesmo modo ao civilmente incapacitado a quem é admitida tal possibilidade na sentença de incapacitação; podemos admitir que este direito está vedado ao menor. Mas o que explica a esterilização do deficiente profundo, decidida e autorizada por terceiros? Evidentemente, não se trata do exercício desse direito, tão pessoal. Concluiremos que essa decisão de terceiros pretende proteger os interesses do deficiente e de

Ministério Público do Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* (observação da Promotora Sra. Compte), Madrid, 1990, pp. 276 e ss. Com outra fundamentação, TAMARIT I SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, cit., p. 192.

105. Sobre os aspectos processuais e autoridade judicial competente para conhecê-los, v. la Consulta 1/1991, do Ministério Público do Estado, que aponta para o procedimento da jurisdição voluntária, a que faz referência expressamente o art. 156.2 do CP de 1995; LOPES BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*, cit., pp. 345 e ss. que se inclinava por um juízo declaratório ordinário de menor importância.

sua possível descendência, no sentido de favorecer-lhe naqueles âmbitos de sua personalidade que possam desenvolver-se sem preconceitos de estigmatização, como é sua afetividade e sua sexualidade (princípio ético de beneficência) e o legislador de 1995 a isso alude quando indica, como princípio reitor, “o do maior interesse do incapaz”; Mas, sempre tendo em vista a pessoa concreta e fugindo de generalizações, impõe-se a necessidade de que o interessado seja “explorado”, levada em conta sua personalidade e o benefício ou dano que pudesse ocorrer, em primeiro lugar, para ele (não para sua família, não para o centro especial ou de trabalho), e, a partir destas considerações, tomar a decisão adequada, fugindo a atitudes rotineiras.¹⁰⁶ Isto significa que ao ter que suprir a vontade do deficiente e ao representar a esterilização um relevante bem jurídico, é preciso que ela seja acompanhada de justificação e necessidade.¹⁰⁷ Tal pressuposto é deduzível da própria lei, quando exige os pareceres dos especialistas e a análise do deficiente, que não são dois componentes de garantia meramente formais. São sim o suporte material através do qual o juiz construirá seu critério antes de dar ou denegar sua autorização. Por conseguinte, este não pode atuar discricionariamente, livre de antecedentes que motivem sua decisão tendo como requisito único a petição dos representantes legais do deficiente.

Ligado ao que foi exposto, afirmamos que, na prática de esterilizações sobre deficientes mentais de qualquer grau, teriam de ser evitados os riscos que foram descritos de modo tão ilustrativo pela Comissão de Reforma do Direito do Canadá:¹⁰⁸ “A caracterização destas pessoas (doentes mentais) como pessoas que devem ser protegidas tende a descaracterizá-las. Esta descaracterização faz subentender estarem desprovidas de uma qualidade de humanidade que não permite com que lhes sejam aplicadas as regras gerais válidas para os demais membros da sociedade. Tal situação comporta graves conseqüências no Direito e, particularmente no Direito Penal. Enquanto grupo impõe-se-lhes uma proteção desqualificadora de suas aptidões sobre seu próprio compor-

106. Sobre as dúvidas que suscita, por estes motivos, a extensão da esterilização de deficientes psíquicos, além da indicação médica V. Peter FINGER, *Zulässigkeit einer Sterilisation geistig Behinderter aus eugenischer oder sozialer Indikation – Stellungnahme zur Bundesärztekammer*, in “Medizinrecht”, 1988, pp. 231 e ss.

107. Neste sentido, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces* cit., pp. 337 e s. e 344 que considera necessária a concorrência de uma indicação, de acordo com o critério da proporcionalidade. Não obstante, não poderia entender-se no sentido habitual de indicações taxadas, mas sim de circunstâncias concorrentes que atuem no melhor interesse do incapaz.

108. Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation. et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, cit., pp. 129 e s.

tamento sexual e de sua reprodução. São consideradas como “desviadas” e, por isso mesmo, castigadas por sua inaptidão a uma restrição de sua liberdade de comportamento sexual e reprodutor. Tais atitudes sociais refletem-se na lei e são efetuadas escassas diferenciações entre os indivíduos que compõem este grupo. Se é necessária uma proteção jurídica, dever-se-ia esforçar para dar-lhes a mesma liberdade sexual que a dos demais, mais do que a impedir. A lei, em seu papel protetor, conduz a sancionar uma proteção *contra* estas pessoas, ao invés de a *favor* delas. As leis, por conseguinte, foram fundamentadas, com frequência, em concepções inexatas e pouco científicas. O resultado foi o tratamento destas pessoas sob uma base de caracterização de grupo muito mais que sob uma base de caracterização individual. A lei adquiriu também na prática uma potencialidade de discriminação”. Creio que o legislador espanhol estabeleceu, tanto em 1989, quanto em 1995, as bases legais para evitar tais riscos, mas que para que estes riscos não se materializem em prejuízo do deficiente mental, dependerá necessariamente do uso que seja feito dessas bases legais, na prática diária, em concreto, do zelo e da sensibilidade das pessoas e instituições às quais foi incumbida tão humanitária, mas, ao mesmo tempo, difícil tarefa.

3.3. O aborto eugênico

3.3.1. Fundamento da indicação

A chamada indicação eugênica do aborto (conhecida também por eugenésica, genésica, embriopática) permite sua realização quando há riscos fundados de que o embrião – ou o feto – seja portador de graves anomalias genéticas de qualquer natureza, ou de outros defeitos físicos, ou psíquicos, originados durante a gravidez.

Há, atualmente, certa preocupação no sentido de delimitar o conceito com toda explicitude, com o fim de excluir dele qualquer conotação discriminadora, de depuração genética, racial ou genocida. Neste sentido, já se disse que a confusão provém do fato de que “na evolução histórica, o conceito passou de um significado objetivo-biológico a um objetivo-subjetivo, no que o núcleo da autorização do aborto se deslocou, nestes casos, da evitação de seres humanos física ou psiquicamente deficientes até a vontade ético-política, por parte do Estado, de não impor à mulher e ao casal a maternidade de um filho deficiente”.¹⁰⁹ Portanto, não se trata nesta indicação de proteger interesses de política demo-

109. Luis ARROYO ZAPATERO, *La indicación eugenésica*, in “Estudios en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid” n. 12, 1986, p. 47.

gráfica tendente a mitigar a constante deterioração do “pool” genético de nossa espécie; não é caso tampouco de uma compaixão para com o feto, que seria eliminado com o fim de evitar-lhe – uma vez nascido – uma vida cheia de sofrimentos e de dificuldades pessoais e sociais. De acordo com as orientações atuais, o fundamento desta indicação, estruturada como causa de justificação dos sistemas jurídicos que mantêm o chamado sistema das indicações (p. ex., Alemanha, Espanha, El Salvador, Uruguai), encontra-se no conflito de interesses que se origina entre a vida do concebido e a mãe; a esta não se pode exigir, em tais condições, que se responsabilize por uma criança com tão graves anomalias, que afetarão também sua vida pessoal em diversas facetas,¹¹⁰ independentemente de que, como finalidade subjetiva acompanhante, possam existir motivos pessoais estritamente eugênicos.

Estas são as razões dadas pelo TC espanhol na sentença relativa ao recurso de inconstitucionalidade apresentado contra a lei de despenalização parcial do aborto voluntário.¹¹¹ “O fundamento desta questão, que inclui verdadeiros casos-limite, encontra-se na consideração de que o recurso à sanção penal representaria a imposição de uma conduta que excede da que normalmente é exigível à mãe ou à família. A afirmação anterior leva em conta a situação excepcional em que se encontram os pais, e, especialmente, a mãe, agravada em muitos casos pela insuficiência de prestações estatais e sociais que contribuam, de modo significativo, para mitigar a situação no aspecto assistencial, e para eliminar a insegurança que inevitavelmente angustiará aos pais acerca da sorte do afetado pela grave deficiência, no caso de que este lhes sobreviva” (fundamento jurídico n. 11c).

Uma amostra de que não há objetivos eugênicos diretos está em que o Estado, assim como não deseja impor à mãe a maternidade, tampouco impõe o aborto contra a vontade desta. Ao contrário, as medidas de prevenção da subnormalidade e de proteção assistencial, trabalhista e social da maternidade – postas à disposição dos interessados, ao menos nos países desenvolvidos – ressaltam, entre outros aspectos, a vontade e preocupação de evitar, diminuir ou mitigar riscos para o conceito. As limitações impostas, em relação às técnicas de reprodução assistida, são dirigidas a limitar ou impedir o seu acesso quando não há, efetivamente, garantias suficientes, para a futura criança (ou melhor, neste caso: o

110. Miguel BAJO FERNÁDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Ed. CERA, Madrid, 1991, p. 138; Albin, ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, em “Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch” (ed. Albin ESER e Hans A. HIRSCH), Enke Verlag, Stuttgart, 1980, p. 157.

111. S. 53/85, de 11 de abril.

concepturus), relativas a sua saúde ou ambiente familiar, mas não a interromper um processo de vida já iniciado.

Longe destas formulações, Díez Ripollés sustenta uma tese muito diferente: “Uma adequada interpretação de ambos os artigos (arts. 15 – direito à vida – e 49 – sobre proteção dos deficientes – da CE) deve conduzir a que a sociedade, realizando trabalhos de previsão das deficiências e atendendo às dificuldades de grande porte ou de impossibilidade que possa encontrar para garantir mínimas condições de vida que evitem o qualificativo social desta como desumana ou degradante, recusa-se a garantir o nascimento de tais seres, enquanto que a mudança de titularidade do bem jurídico lhe veda, a partir do momento do nascimento, tal alternativa e obriga-o a pôr em prática os outros aspectos da política para os deficientes que menciona a Constituição”.¹¹² Os que se ocuparam desta formulação, fizeram-no de maneira crítica. Assim, Laurenzo Copello, depois de reconhecer que tal postura está mais próxima do seu ponto de partida, no que diz respeito à consideração de que o sujeito passivo do delito do aborto é a comunidade, rechaça a argumentação de que, posto que o Estado social deve garantir a todos os membros da sociedade condições de vida aceitáveis, deve evitar os nascimentos daqueles seres aos quais não possa garantir esses mínimos, pois entende que seria converter esse princípio em seu contrário, legitimando o Estado evitar sua própria responsabilidade, quando o que se deveria fazer seria exigir seu integral cumprimento. Na mesma linha argumentativa, objeta que aludir aos tratamentos desumanos ou degradante que proscreve a CE, no art. 15, é um direito estabelecido em favor da existência humana e não um limite do direito à vida.¹¹³ Com efeito, pode-se acrescentar que a concepção do Estado social dá a este uma função essencial de correção das desigualdades e de proteção dos mais fracos. Apesar das cautelas que adota o autor citado, não se vê muito bem até onde se poderia chegar com o desenvolvimento e derivações de sua tese.¹¹⁴

Os receios, que despertou esta indicação, relativos à incerteza do prognóstico, estão se reduzindo de modo constante graças às técnicas de diagnóstico pré-natal, de que me ocupei em outro lugar,¹¹⁵ que está contribuindo para possibilitar numerosas intervenções no feto (não

112. José Luis DIEZ RIPOLLES, *El artículo 417 bis del CP y su naturaleza jurídica*, in “Comentarios a la Legislación Penal”, Edersa, Madrid, 1989, p. 140.

113. Patrícia LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosh-Spicum, Barcelona, 1990, pp. 135 e s.

114. V., a respeito, Juan C. CARBONELL MATEU, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicídio y aborto*, in “Cuadernos de Política Criminal”, n. 45, 1991, p. 670.

115. V. mais acima, Cap. III, 3.2.

somente abortivas) com cada vez mais precisão. De qualquer maneira, não é aceitável recorrer ao aborto como procedimento seletivo – negativo – do sexo do filho ou de determinadas características biológicas do futuro filho, que poderiam ser conhecidas por meio do diagnóstico pré-natal,¹¹⁶ o que poderia ser levado a cabo legalmente naqueles sistemas jurídicos que acolheram a chamada solução de prazo, se não contam com alguma forma de restrição. Já vimos como a normação recente de alguns países estabeleceu restrições a que os pais do futuro filho concebido tenham acesso ao conhecimento de seu sexo – salvo se traz como causa a detecção de enfermidades vinculadas aos cromossomos sexuais – com o fim de evitar que recorram ao aborto seletivo.

3.3.2. Regime legal da indicação eugênica

Limitemo-nos, como modelo exemplificador, à regulamentação do aborto despenalizado no Direito espanhol, cujos requisitos específicos, contidos na circunstância 3.^a do art. 417 bis.1,¹¹⁷ são os seguintes:¹¹⁸ *presunção de que o feto nascerá com graves deficiências físicas ou psíquicas*. Este requisito constitui, em sentido estrito, a indicação eugênica em si, e portanto, o núcleo sobre o qual deverão girar os demais. Em primeiro lugar, a Lei diz “que se presume que o feto nascerá com”. Em princípio, esta presunção poderia ser interpretada no sentido de um grau de certeza equivalente à probabilidade, entendida esta de modo objetivo,¹¹⁹ atendendo-se preferentemente critérios estatísticos de pro-

116. V. sobre isto, Alberto SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, in “Bioética” vol. 4, n. 1, 1996, p. 19.

117. V. art. 417 bis assim se refere sobre esta indicação: Não será punível o aborto praticado, por um médico, ou sob sua direção, em centro ou estabelecimento de saúde, público ou privado, credenciado e com o consentimento expresso da mulher grávida, quando concorra alguma das circunstâncias seguintes: (...) 3.^a Que se presume que o feto nascerá com graves deficiências físicas ou psíquicas, sempre que o aborto se pratique dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação e que o parecer, manifestado com anterioridade à prática do aborto, seja emitido por dois especialistas de centro ou estabelecimento de saúde, público ou privado, credenciado para este efeito e diversos daquele por quem ou sob cuja direção se pratique o aborto”. Recorde-se que este artigo foi mantido em vigor pelo CP de 1995. Disposição Derrogatória Única, 1.a.

118. Sobre outros requisitos comuns com as demais indicações admitidas no Direito Espanhol (que seja praticado por um médico ou sob sua direção, num centro de saúde credenciado, público ou privado e com o consentimento da mulher grávida, além do elemento subjetivo), v. ROMEO CASABONA, *El Derecho y Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 329 e ss.

119. Critério da previsibilidade objetiva. V. sobre a mesma, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, 1, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 304 e 422.

babilidade.¹²⁰ No entanto, o texto do Projeto de Lei declarado inconstitucional, em 1985, pelo TC dizia “que seja provável”; ao substituir esta expressão pela vigente no art. 417 bis (“que se presume”), parece que se quis dar um alcance diverso ao grau de certeza no prognóstico das deficiências com que nascerá o feto (na discussão parlamentar não encontrei explicação a respeito desta modificação, embora seja possível que se que se tenha inspirado no STC)

O Tribunal Constitucional espanhol considerava apropriado o termo “provável” substituído: “O termo “provável” expressa a idéia de razoável presunção de verdade, e corresponde, como aponta o Advogado do Estado, à presumível prudência dos pareceres médicos nos quais os termos absolutos de segurança ou certeza ficam excluídos, sem que, neste caso, a substituição de um conceito jurídico indeterminado por outro, pudesse contribuir, ao ver deste Tribunal, para uma maior precisão no caso concreto” (Fundamento jurídico n. 10, sentença, de 11 de abril de 1985). Em vista disso, não parece adequado pensar que a expressão “se presume” seja mais restritiva, de forma que a deficiência seja diagnosticada com um grau de probabilidade mais próximo da certeza, segundo sugere alguns autores.¹²¹

Em consequência, o critério objetivo mencionado terá de ser corrigido ou completado pela convicção dos especialistas subscritores dos pareceres,¹²² embora continuem tendo como pauta de orientação os resultados percentuais refletidos nas provas realizadas. Isso responderia a que a certeza do diagnóstico está no limite de segurança quanto ao prognóstico subsequente em muitos casos, graças às técnicas cada vez mais precisas e confiáveis existentes na atualidade, mas também a que, em outros casos – p. ex., no que se denomina diagnóstico genético de predisposição – a margem de incerteza amplia-se consideravelmente.¹²³ Esta situação impossibilita e desaconselha uma maior precisão jurídica, sem olvidar que os constantes progressos e aperfei-

120. Segundo propõe ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, cit. p. 158. Recorde-se, no entanto, que o Decreto Real de 21 de novembro de 1986 alude apenas à presunção de risco e a critérios de probabilidade (art. 6.3).

121. ARROYO ZAPATERO, *La indicación eugenésica*, cit., p. 55.

122. Não creio que este ponto de vista signifique prescindir do critério objetivo de probabilidade do qual parti mais acima, mas sim modulá-lo com a percepção dos especialistas, como deduzi equivocadamente num trabalho meu anterior (*El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit.) Diego M. LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, in “Cuadernos de Política Criminal”, n. 36, 1988, p. 655.

123. V. Comité Consultatif National d'Étipe pour les Sciences de la Vie et de la Santé, *Rapport: le diagnostic prénatal et périnatal. Le diagnostic d'une predisposition*, Paris, pp. 13 e ss.

çoamentos das técnicas diagnósticas estão modificando paralelamente o grau de certeza do prognóstico,¹²⁴ e imporiam uma constante revisão dirigida a um critério legal mais preciso.¹²⁵ A questão apresenta-se mais problemática quando a percentagem de risco de deficiências é semelhante à de ausência deste risco (p. ex., determinadas doenças vinculadas ao sexo masculino). Apesar disso deve ficar em aberto, na minha opinião, a possibilidade da interrupção da gravidez por indicação eugênica,¹²⁶ sendo mais discutível na medida em que diminuem os fatores de risco.

A indicação também existe quando as deficiências manifestam-se de forma ativa depois do nascimento (assintomáticas no momento da análise), sempre que neste caso seja de segura incidência (diagnóstico preditivo de anomalias monogênicas dominantes antes da manifestação dos sintomas) e não mera predisposição (como acontece com as enfermidades poligênicas multifatoriais), pois este prognóstico significa que o feto é portador genético dos fatores que causam a enfermidade grave que exige o CP.¹²⁷ Porém, os avanços no conhecimento do genoma humano formulam um novo e grave problema sobre esta interpretação: apesar de continuar sendo válido para as doenças de aparição precoce (em tenra idade), é mais discutível sua correção quando são de manifestação tardia (em idade adulta), pois aí entrarão em jogo diversos fatores: que essa pessoa viverá durante grande parte de sua vida sem nenhuma manifestação da doença, por conseguinte sem nenhuma perturbação ou condicionamento para seu desenvolvimento vital e pessoal; que o fundamento de não exigibilidade do não prosseguimento da gravidez, por parte da mulher grávida, já não existe, pois não vai ter, com toda probabilidade, de suportar as cargas que poderiam ser produzidas com a doença do filho e subtrai-se, finalmente, do filho os benefícios que previsivelmente poderá produzir a respeito

124. V. a respeito J. M. CARRERA, *Diagnóstico prenatal. Un concepto en evolución*, em "Diagnóstico Prenatal", cit., pp. 3 e ss.

125. Antonio CUERDA RIEZU, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, em "Documentación Jurídica" 37/40, vol. 1.º, 1983, p. 380.

126. Do mesmo parecer, ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, cit., p. 158.

127. Neste sentido, José Luis DIES RIPOLLÉS, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, em "Comentarios a la Legislación Penal", t. IX, cit., p. 179. De opinião contrária, BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos contra las personas*, cit., p. 139; CUERDA RIEZU, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, cit. p. 380; Juan José GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) I*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 173.

do tratamento, da cura ou mitigação da doença em questão, ao contar com um prazo mais ou menos longo para atender ao desenvolvimento da investigação. Por tais razões a indicação estaria excluída nestes casos, sobretudo, por desaparecer o fundamento que lhe dá suporte; do contrário, importaria aceitar a eugenia em seu sentido estrito, mesmo quando a decisão continue cabendo à mãe. De qualquer maneira, seria conveniente uma precisão legal sobre a questão (bastaria acrescentar algo semelhante a: "ou esteja seguro de que se manifestarão nos primeiros anos de vida da criança").

Por último, a normação do CP espanhol não permite, em minha opinião, uma subjetivação da probabilidade, no sentido de "apenas considerar o grau de probabilidade de deficiências que possam exigir ou não que a mulher assuma", segundo foi proposto,¹²⁸ tendo, provavelmente, como exemplo a regulação desta indicação no Direito alemão que se fixa no fato de que a mãe não pode prolongar a continuação da gravidez por serem tão graves os danos que a criança teria no estado de saúde de padecer (§ 218 a II, n. 1 do CP). Apesar de ser certo, como foi dito, que o fundamento desta indicação se encontra na não exigibilidade de outro conduta por parte da mãe, o limite dessa não exigibilidade que lhe reconhece o Direito é imposto com critérios objetivos, concretizados na determinação do grau de presunção do diagnóstico e na gravidade das deficiências, que em seguida veremos; unicamente, a partir desses limites, a mãe está em condições de acatar a indicação ou não, uma vez valoradas suas forças emotivas e morais assim como sua situação econômica e social para assumir ou não as conseqüências de ter o filho; em outras palavras, de decidir – nesse sentido, sim – de acordo com sua subjetividade.

O significado de "graves deficiências" deve ser entendido no sentido qualitativo das mesmas, isto é, de sua importância e perdurabilidade,¹²⁹ assim como no grau de reparabilidade;¹³⁰ se facilmente elimináveis, mesmo que muito graves, não ocorreria o pressuposto legal da indicação. No entanto, como já foi dito em outro lugar desta obra,

128. ARROYO ZAPATERO, *La indicación. eugenésica*, cit., p. 54. Cita, no mesmo sentido, Informe de uma Comissão Oficial alemã de Expertos, de 1981, que diz que o relevante, nestes casos, não é a concreta percentagem de risco, mas sim a aceitação ou a repulsa pela família do concreto grau de risco verificado em cada caso, atitude que, segundo o Informe, devem ter presentes os médicos que emitem o parecer preceptivo.

129. José María RODRIGUEZ DEVESA/ Alfonso SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 17.ª ed., Dykinson, 1994, p. 95.

130. Sobre este último, v. DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis do Código Penal*, cit., p. 180; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, cit., p. 204.

existe neste ponto uma maior flexibilidade que na fórmula utilizada em outros sistemas jurídicos, como por exemplo, o alemão (art. 218 a II, n. 1, d, CP),¹³¹ que exige expressamente a não eliminabilidade do dano, o que não ocorre no CP espanhol e, em consequência, pode ser defendido outro ponto de vista.

Não parece ser este o lugar adequado para a enumeração de uma lista interminável de anomalias embrionárias ou fetais que *podem* fundamentar a indicação eugênica, as quais são incluídas em bibliografia especializada. Indiquemos, porém, os principais grupos: a) alterações dos cromossomos e dos genes (transtornos do metabolismo do ácido nucléico); b) alterações na nidificação e na placenta; c) exposições a radiações e ionizantes (p. ex., as produzidas pela catástrofe de Chernobil); d) intoxicações medicamentosas ou profissionais (abuso de hormônios, analgésicos, citostáticos); e) doenças endócrinas da mãe (hipotireoidismo, diabetes); f) infecções da mãe durante a gravidez (virais: rubéola, sarampo, hepatite epidérmica, poliomielites, HIV; não virais: sífilis, toxoplasmose, listeriose); hipoalimentação e carência vitamínica (de vitamina A: alterações oculares de vitamina B: hemorragias cutâneas, alterações cerebrais, pés tortos); g) aberrações cromossômicas (trisomias – p. ex., 21 ou síndrome de Down) –, defeitos do tubo neurálgico, transtornos bioquímicos herdados, alterações vinculadas ao cromossomo X).¹³² É necessário dizer que nem todas estas anomalias se apresentam realmente, que nem todas têm a mesma intensidade para serem qualificadas de “graves” e, por último, que é possível, em alguns casos, que o feto morra antes do parto ou imediatamente depois dele como consequência de algum desses transtornos.

O prazo: o aborto deve ser praticado dentro das vinte e duas primeiras semanas da gravidez. Este prazo é explicado pelo fato de algumas provas diagnósticas somente podem ser realizadas depois que feto tenha adquirido certo desenvolvimento, além da necessidade de um certo lapso de tempo para sua avaliação e conseqüente tomada de decisão do aborto; por outro lado, quanto mais tardio é o diagnóstico, maior é o seu grau de certeza, mas também o risco que o aborto representa

131. V. ESER, *Indikation. zum Schwangerschaftsabbruch*, cit., p. 157. V.

132. Segundo Angel SOPENA, *Las indicaciones médicas y sociales para el aborto*, em “El aborto. Um tema para debate” Madrid, 1982, pp.50 e ss.; Manuel BUENO SANCHEZ, *Concepto y epidemiología de la deficiencia mental*, em “Deficiencia Mental (Aspectos biomédicos)”, Espaxs, Barcelona, 1990, pp. 16 e ss. (v. tábuas com diversas categorias classificadas por etiologias: 21 e ss.); CARRERA, *Diagnóstico Prenatal*, cit., pp. 21 e ss.; José A. USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, em “Dilemas éticos da Medicina atual”, Madrid, 1986, pp.301 e ss.; Juan A. Gisbert CALABUIG, *Medicina Legal y Toxicología*, 4.^a ed. Salvat, Barcelona, 1991, p. 474.

para a mãe. Não se deve também esquecer que a partir desse prazo estabelecido aproxima-se cada vez mais o momento da viabilidade do feto. O CP alemão mantém um prazo idêntico, enquanto que na França e no Reino Unido, não existe nenhum pré-fixado. Criticou-se na imposição de um prazo o fato de que se podem produzir ou detectar processos mórbidos no feto depois do transcurso desse prazo, como consequência de doença da mãe ou por qualquer outro efeito (radiativo, medicamentoso, etc.), caso em que está excluída a indicação.¹³³

Questão de interesse prático é determinar a partir de quando se começa a contar o referido prazo, que não é fixado pela Lei. Pela lógica, este prazo deveria ser o da fecundação (data de início da gravidez), mas, em geral, não resulta facilmente determinável, pois pode ser desconhecida inclusive pela mulher gestante. Parte-se, usualmente, na medicina em tudo o que for relativo ao curso da gravidez e ao cálculo da data do parto, do momento da última menstruação da mulher,¹³⁴ que dará lugar a um cômputo real de vinte e quatro semanas a partir daquela;¹³⁵ para outros parece mais adequado o da anidação,¹³⁶ sem prejuízo de que ambos os critérios de cálculo coincidem no resultado e permitem manter uma coincidência de critérios entre as duas indicação que marcam um prazo.¹³⁷ De qualquer maneira, não deixam de ser convencionais e, por isso, é censurável esta omissão legal, geradora de insegurança jurídica.¹³⁸

133. Assim, Juan BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 67.

134. Assim, GIBERT CALABUIG, *Medicina. Legal y Toxicologia*, cit., pp. 472 e s.

No entanto, considera este autor que, na maior parte dos casos, a mulher não colaborará na entrega deste dado (se suspeita que pode ser objeto de um processo penal por aborto) pelo que indica alguns procedimentos objetivos: a) percepção dos movimentos ativos fetais (de escassa confiabilidade), b) a altura do útero (cujo fundo se eleva mensalmente quatro centímetros sobre o púbis já a partir do primeiro mês; c) biometria fetal por ultra – som (ecografia, de grande precisão: medição do saco gestacional e do diâmetro biparietal fetal).

135. Como propõem também, ARROYO ZAPATERO, *La indicación eugénica*, cit., p. 56; ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, cit. p. 158.

136. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, cit., p. 133; CUERDA RIEZU, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyeto del nuevo Código Penal*, cit., p. 378. Num trabalho anterior, *(El diagnóstico antenatal y sus implicaciones juridico-penales*, cit. p. 851) inclinava-me por esta solução, mas a discussão é semelhante a do cômputo de prazo na indicação criminológica; v. sobre isso, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit, pp. 349 e s.

137. Neste sentido, DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis do Código Penal*, cit., p. 193.

138. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra personas* cit., p. 133.

Parecer emitido por especialistas. De acordo com a Lei o parecer deverá ser anterior à prática do aborto, os especialistas não coincidirão com aquele que o realize ou dirija e pertencerão a um centro ou estabelecimento de saúde público ou privado credenciado. O parecer deverá fazer inquestionável referência às presumíveis deficiências que apresentará o nascido e a sua condição de graves, isto é, que concorrem os pressupostos fáticos da indicação estabelecidos pela Lei; mas diferentemente do parecer correspondente à indicação terapêutica, não precisa referir-se à necessidade ou conveniência do aborto ou em favor do mesmo; aqui também a avaliação cabe ao médico. Por outro lado, ao dizer somente “especialistas”, a Lei está contando com uma possível intervenção no parecer de outros profissionais não médicos, como são os geneticistas, sempre que atuem num centro de orientação. Não obstante, o Decreto Real 2409/1986 obstaculiza esta interpretação,¹³⁹ posto que exige expressamente que sejam dois médicos especialistas (art. 6.2). Seu parecer será conjunto (portanto, único) e compartilhado em todos os seus termos,¹⁴⁰ não importando que ocorra um parecer contraditório, pois a presença do primeiro satisfaz, por si só, a exigência legal¹⁴¹ sempre que o último não sirva para colocar, de forma patente, a falsidade ou carência de rigor, de forma palmar ou indubitosa, do parecer favorável.

O consentimento da mulher grávida menor ou deficiente mental. Surge, novamente, o problema da validade do consentimento emitido por uma mulher grávida menor ou doente mental, que se formula também em relação à esterilização voluntária, segundo pudemos comprovar anteriormente. Mas a diferença substancial entre o aborto e a esterilização neste ponto está no fato de que, frente ao prescrito para esta última, o CP espanhol não determina, em relação ao aborto, que seja ineficaz o consentimento emitido pela mulher menor ou incapaz ou por

139. Interpretação que manteve num trabalho anterior a este Decreto Real (El diagnóstico prenatal y sus consecuencias jurídico-penales, cit.) compatível com a ambigüidade do CP (que é o vinculante para os efeitos do cumprimento dos requisitos legais), pois, neste ponto, não precisa qual será a titulação profissional dos especialistas – diferentemente de sua menção explícita no texto inicial de 1983 – que se faz no caso da indicação terapêutica, exigindo-se, corretamente, que seja médico; a alusão genérica do art. 417 bis 2 aos “pareceres médicos exigidos” (que é a referência legal; que parece ter tomado finalmente o RD) aumenta a confusão; a dúvida projeta-se então sobre se o defeito de redação incide neste parágrafo ou no que se regula a indicação eugênica (como entende DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código Penal*, cit., 201). V. em particular, LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, cit., pp. 639 e s.

140. Neste sentido, DIEZ RIPOLLES, ult. lug. cit.

141. LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, cit., p. 640.

seus representantes legais (sem prejuízo das exceções estabelecidas para o caso da esterilização do doente mental grave), que suscitou tantas dificuldades interpretativas sobre a situação jurídica. Em ambos os casos (mulher menor ou incapaz), e frente a outros critérios de ater-se à capacidade civil,¹⁴² ou à imputabilidade, ou capacidade de responsabilidade penal da grávida,¹⁴³ o consentimento será válido na medida em que a mulher possua a capacidade natural do juízo e compreensão sobre o alcance da decisão de abortar,¹⁴⁴ o que pressupõe a compreensão do fato de que não se trata somente de uma intervenção em seu corpo, mas também da destruição da vida do feto; critério que já expus, em outro lugar, e que se aproxima mais da visão jusprivatística do consentimento de menores, quando estão implicados bens personalíssimos. Sua declaração de vontade pronunciada nestas condições deverá ser respeitada também se a inclinação for pela continuação da gravidez, salvo se se encontre a própria vida ou saúde da menor ou deficiente mental em grave perigo,¹⁴⁵ se seu grau de percepção não lhe permite captar a magnitude do perigo que representa para ela a gravidez.

142. Assim, BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 65. Solução que não vamos agora repelir, mas que suscitaria diversos problemas como se seria, em princípio, válido o consentimento de uma mulher incapaz de fato, mas não declarada judicialmente incapacitada, o que ocorreria com a menor de dezoito anos (idade em que se alcança a maioridade civil), mas emancipada pelo casamento.

143. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, cit., p. 132; Manoel COBO DEL ROSAL/ Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 566; GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* I, cit, p. 164; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit. p. 89.

144. Neste sentido, ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*; cit., pp. 14 e 23; CUERDA RIEZU, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, cit., p. 377; DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, cit, pp. 237 e ss.; GONZALEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, cit. p. 164 (parece sustentar que seria aplicável para a doente mental maior de dezesseis anos); LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, cit., p. 637.

145. Neste sentido, com diversas matizações, ARROYO ZAPATERO, *Los menores. Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización* cit., pp. 16 e 24; DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, cit. p. 241; Walter GROPP, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1981, p. 201; LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto* cit., p. 637; Javier VICENTE REMESAL, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, em "La Ley", 1985, p. 5.

Se essa capacidade natural de juízo não existe, e, por conseguinte, não é possível obter um consentimento válido, poderão atuar os *representantes legais* (pais ou tutores),¹⁴⁶ sempre em função do dever que têm de velar pelo bem-estar da mulher que se encontra sob sua tutela (e, por tal motivo, a representação se limita a este consentimento), e não em virtude de seus próprios interesses ou ideologias.¹⁴⁷ Nestes casos, e sob tais condições, é irrelevante a discrepância entre filha gestante menor ou incapaz e seus representantes legais, pois primará a decisão destes, aplicando-se as regras gerais da representação (recorde-se que se trata da hipótese de uma jovem que não possui a capacidade natural do juízo ou compreensão da natureza do ato).¹⁴⁸ Se a discrepância (ou qualquer que fosse a decisão adotada, favorável ou contrária ao aborto, mesmo que não exista tal discrepância) é fruto de um comportamento abusivo por parte dos representantes legais, oportuno será recorrer à autoridade judicial, para que decida no melhor interesse da gestante, sem prejuízo, quando for o caso, da intervenção do defensor judicial que prevê o art. 163 do CC,¹⁴⁹ salvo se pela urgência do caso deva resolver o médico por si mesmo, amparado na causa eximente de estado de necessidade e com o apoio do art. 10.6 c da Ley General de Sanidad.

4. Técnicas de reprodução assistida e práticas eugênicas: eugenia positiva

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas também para prevenir, na adolescência doenças genéticas ou hereditárias (ou, inclusive, infeciosas como a AIDS) das quais são os pais portadores

146. V. art. 10 n. 6, b, da Ley General de Sanidad de 1986.

147. LENCKNER, *Einwilligung. in Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation* cit., p. 179.

148. Da mesma opinião, DIEZ RIPOLLES, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del Código Penal*, cit., pp. 240 e s. para quem deve ser tomado em consideração, para a valoração da situação, os prejuízos psíquicos que poderiam originar para a gestante de um aborto contra sua vontade, coincidindo nisto com Lenckner, *Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch*, cit. p. 201. Em sentido contrário, com a ressalva do perigo para a gestante, já apontada no texto, ARROYO ZAPATERO, *Los menores de edad ante el aborto y la esterilización*, cit., p. 16; LUZON PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, cit. p. 637; De VICENTE REMESAL, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, p. 5.

149. Como assinalam RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial* cit., p. 89, n. 42, apoiando-se em Reig.

e possíveis transmissores, mesmo quando nenhum dos componentes do casal seja estéril. Posto que as técnicas de reprodução assistida permitiram, em primeiro lugar, — e quantitativamente — a luta contra a infertilidade, denominei a esta segunda possibilidade que oferecem estas técnicas, de alcance mais limitado, como finalidade complementar ou secundária, mas não porque a considere menos importante. Ao contrário, a capacidade de reprodução de fato de alguns casais foi muitas vezes obstaculizada pelo temor de ter um filho com doenças ou malformações por fazer parte de grupos de risco detectados graças ao diagnóstico pré-conceptivo ou pré-implantatório e ao aconselhamento genético. Diversos procedimentos, como a seleção de gametas (p. ex., em relação a doenças vinculadas ao sexo) ou de embriões *in vitro* (por meio das técnicas de diagnóstico pré-implantatório), o recurso a gametas ou embriões doados e à engenharia genética podem garantir — hoje e mais ainda no futuro — a eliminação ou diminuição de riscos de transmitir doenças de origem genética.

A legislação espanhola permite isto nestes termos: “estas técnicas poderão ser utilizadas também na prevenção e tratamento de doenças de origem genética ou hereditária, quando seja possível a elas recorrer com suficientes garantias diagnósticas e terapêuticas e estejam estritamente indicadas”.¹⁵⁰

De acordo com os diversos sistemas jurídicos estas técnicas não podem ser utilizadas em relação a possíveis doenças dos pais, ou seja, para prevenir ou combater doenças de origem genética ou hereditária que eles pudessem padecer e muito menos padecimentos de outra natureza, como os de origem psíquica, pois não se vê qual relação poderia ter com elas as técnicas de reprodução assistida, o que não quer dizer que não possam beneficiar-se da terapia genética (em linha somática). As técnicas de reprodução assistida estão autorizadas para benefício da saúde da futura descendência.¹⁵¹ Por conseguinte, o destinatário ou beneficiário desta previsão é o futuro filho potencial (*concepturus*), valendo-se para isso do diagnóstico antenatal (aqui, pré-conceptivo ou pré-implantatório), e a atuação recairá exclusivamente nos gametas ou no zigoto (pré-embrião).¹⁵² Significa que se autoriza normalmente a

150. Art. 1.3 da Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida de 22 de novembro de 1988.

151. Assim, também, Carmem HERNANDEZ IBAÑEZ, *Selección del sexo y derechos de la persona*, in “La Ley”, no 2983, 1992, p. 2 para quem o direito de fundar uma família não abrange a de selecionar o sexo da descendência.

152. V., neste sentido, Marcelo PALACIOS, *Selección del sexo y legislación vigente*, in “Hojas de Tecnología”, (Ministerio de Sanidad y Consumo, Dir. Gral. de Planificación Sanitaria) no HT 9002, 1990, p. 1.

seleção de gametas ou pré-embriões não patológicos, podendo desprezar os portadores de genes deletérios ou de enfermidades hereditárias, de tal modo que se garanta ou previna que o filho não nasça com deficiências por estes motivos, mas fica excluída a eugenia positiva no sentido estrito, sem prejuízo de que muitos destes procedimentos estão ainda abertos para o futuro. É precisamente esta possibilidade a grande arma eugênica – de eugenia positiva – das técnicas de reprodução assistida como instrumento de melhoria ou aperfeiçoamento da descendência, pois não somente será possível a seleção dos embriões não patológicos por meio das técnicas para o diagnóstico pré-implantatório, como também de alguns embriões em detrimento de outros não patológicos, mas menos “desejáveis simplesmente por apresentar – ou carecer de determinadas características biológicas. Por isso, é muito importante que estas técnicas sejam utilizadas, de forma estrita, nos termos permitidos pela lei e que a lista de doenças às quais se apliquem aquelas seja confeccionada com extremo rigor.

Como adiantava, esta previsão legal não acolhe outras doenças que só afetem aos pais (salvo a esterilidade). Não é possível, por isto mesmo, atender à petição dos pais de decidir o sexo do filho recorrendo às técnicas de reprodução assistida,¹⁵³ sem a existência de um risco patológico para a descendência que o justifique, pois, como vimos, está autorizada a seleção do sexo como medida preventiva de doenças a ele vinculadas.

Neste aspecto, contamos com alguns exemplos no direito comparado, como no norueguês¹⁵⁴ e no alemão:¹⁵⁵ ambos proíbem expressamente a seleção do sexo por meio das técnicas de reprodução

153. Sobre as possibilidades e procedimentos médicos para proceder à referida seleção a partir de certas diferenças estruturais dos cromossomos “x” e “y”, de provocação de modificações nas condições da vagina e por meio da dieta V. R. J. LEVIN, *Métodos actuales para la selección previa del sexo*, in “Labor Hospitalaria”, n. 218, pp. 291 e s.

154. Lei n. 56, de 24 de agosto de 1994, art. 4.3 sobre as aplicações biotecnológicas em Medicina, art. 4.3: “Seleção de sexo. Fica proibido o exame de um embrião para selecionar o sexo de uma criança, salvo no caso de doença hereditária incurável ligada ao sexo”.

155. Lei de Proteção do Embrião de 13 de dezembro de 1990: “§ 3.º. Proibição da eleição de sexo. Quem intente fecundar um óvulo humano com um espermatozóide que tenha sido selecionado em função do cromossomo do sexo no conteúdo, será punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou com pena de multa. Isto não regerá quando a seleção de espermatozóide, realizado por um médico, esteja dirigida à preservação na criança de sofrer uma distrofia muscular do tipo Duchenne ou de uma doença vinculada ao sexo de similar gravidade, tendo sido reconhecida esta similar gravidade da doença que ameaça a criança, pelo órgão competente, conforme ao Direito do País”.

assistida, salvo se se trate de prevenção de doenças. O Convênio do Conselho da Europa sobre *Direitos Humanos e Biomedicina*, de 4 de abril de 1997 rechaça também a seleção do sexo, em semelhantes termos.¹⁵⁶ No que se refere ao Direito espanhol, chega-se a esta conclusão não apenas com a ajuda do citado art. 1.3, que configura o (uma parte dele) âmbito de aplicação da Lei, como também porque se prevê como infração muito grave "a seleção do sexo ou a manipulação genética com fins não terapêuticos ou terapêuticos não autorizados" (art. 20.2.B.n).¹⁵⁷

Em relação à possibilidade de seleção do sexo por causas distintas das de prevenção de enfermidades genéticas ou hereditárias na descendência (por simples desejo dos pais), configurou-se um caso ante os tribunais espanhóis. Uma mulher de Mataró, casada e com cinco filhos homens, solicitou do Juiz, por via de jurisdição voluntária, autorização para ter uma filha por meio de inseminação artificial com sêmen do marido, fazendo prévia seleção do sexo. O Juiz concedeu a autorização baseando-se fundamentalmente nas alegações da mulher, averiguadas pericialmente, de que a frustração de ter uma filha, por procedimentos naturais, lhe havia produzido certos transtornos psíquicos (principalmente depressivos), que seriam corrigidos com a satisfação desses desejos de maternidade. Não obstante, a Tribunal de Barcelona revogou a autorização,¹⁵⁸ e deixou sem efeito todas as suas motivações, apoiando-se em raciocínios jurídicos muito bem elaborados, com uma linha argumentativa similar à exposta acima. Acolheu também a argumentação do Ministério Público recorrente, de que se a mulher padecia uma depressão reativa, não cumpria um dos requisitos que a Lei de reprodução assistida impõe, o bom estado de saúde psicofísico (art. 2.1.b).¹⁵⁹

156. V. art. 14. V. também do Conselho da Europa, a Recomendação da Assembléia Parlamentar n. 1046 (1986), *relative à l'utilisation d'embryons et foetus humains a des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales*, n. 14, IV.

157. Por outro lado, a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, de doação de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos, apresenta concordância com o exposto no texto, ao permitir a aplicação da tecnologia genética com fins terapêuticos, entre outros, principalmente para selecionar o sexo no caso de doenças ligadas a cromossomos sexuais e especialmente ao cromossomo X, evitando sua transmissão (art. 8.2.c.) pelo que as demais motivações desta seleção não são lícitas.

158. Por sua vez, Auto 12 de novembro de 1990. V. texto completo no "Labor Hospitalaria" monogr. dedicada ao *Diagnóstico prenatal y asesoramiento genético: realidad y esperanza*, n. 218, 1990, pp. 318 e ss.

159. Neste sentido também, PALACIOS, *Selección del sexo y legislación vigente* cit. p. 1.

5. As intervenções genéticas como instrumento eugênico

As ações que podem ser realizadas no genoma humano a partir de seu conhecimento, ou seja, as manipulações genéticas e a engenharia genética em particular, ressaltam que as referidas condutas, ainda que recaiam sobre indivíduos concretos, afetando-lhes inclusive, de forma direta, a eles transcendem por poder afetar também a própria espécie humana em sua integridade, identidade, inalterabilidade e diversidade.¹⁶⁰ Por isso despertam temores e se rechaçam a eugenia positiva ou de melhora de certos traços genéticos e não meramente terapêutica, as manipulações genéticas com propósitos raciais ou racistas e as que degradam de algum modo a espécie humana, por exemplo, ao misturá-la geneticamente com animais. Pretende-se evitar o ressurgimento modernizado – tanto em suas potencialidades técnicas, como em sua ideologia – das correntes eugênicas de princípios do século. E mesmo as intervenções nos genes humanos com fins terapêuticos, embora se tenda a aceitar sua licitude (com todas as reservas já assinaladas, se esta afeta em linha germinal), não deixam de despertar receios e estabelecer dúvidas na medida em que apresentam essa potencialidade de incidir sobre a espécie humana alterando fora de certas circunstâncias seu genoma; possibilidade esta aberta em relação à terapia ou a qualquer outra intervenção genética em linha germinal, que por sua vez, volta a estabelecer a discussão sobre sua utilização como meio preventivo de fortalecimento da raça humana frente a determinadas doenças (p. ex., câncer ou outras produzidas por vírus), ou, em sua variante de eugenia negativa, de eliminação de material genético patológico.¹⁶¹ Dentro do espírito de moratória que parece aconselhável nestes momentos, até que se conheça melhor as conseqüências ou efeitos que se possam derivar das intervenções em linha germinal, não é oportuno pronunciarse, de forma definitiva, sobre esta proposta eugênica de prevenção de

160. Assim ocorre, com efeito, com algumas das condutas que se descrevem mais adiante. Não obstante, nas linhas que seguem, pretende-se unicamente destacar que algumas práticas eugênicas mostram uma potencialidade lesiva à espécie humana. Sobre os aspectos individuais, v. mais adiante nos capítulos dedicados à utilização de embriões para experimentação e à responsabilidade em relação às diversas atuações genéticas, Capítulos V e VII, respectivamente. V. Carlos Maria ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas* em “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, vol. III, Fundación BBV (ed.) Madrid, 1995, pp. 77 e ss. de onde se extraem as reflexões que são feitas em seguida.

161. V. matizações em Albin ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán* em “Ingeniería Genética y Reproducción Asistida” (M. Barbero, ed.) Madrid, 1989, p. 294.

doenças, enquanto não estivermos em condições de conhecer melhor suas possibilidades e efeitos e controlar os indesejáveis, pois se trata aqui de uma possibilidade que, no plano puramente especulativo, deve ser em princípio valorada favoravelmente.

Mas a pergunta que fica é se realmente há bens coletivos novos, além dos individuais, dignos de proteção pelo Direito e condutas merecedoras de pena por atentarem gravemente contra os referidos bens. Poder-se-ia pensar em determinados bens que afetem de modo genérico à humanidade,¹⁶² de modo semelhante ao considerado em relação ao direito das populações em geral e aos delitos de genocídio. Desta maneira, pensam o Conselho da Europa e a UNESCO, nos respectivos instrumentos internacionais que elaboraram sobre o tema, pois fazem alusão explícita à espécie humana como carente de proteção em relação às intervenções no genoma humano.¹⁶³

Com estes bens genéricos, seria protegida a inalterabilidade de determinadas características da espécie humana, assim como sua pluralidade e variedade genética (e mesmo a sobrevivência da espécie nos casos mais graves),¹⁶⁴ diante de pretensões eugênicas ou de outro tipo por meio da Biotecnologia ou engenharia genética, inclusive, nos casos mais graves, a própria sobrevivência da espécie humana. Em

162. Noëlle LENOIR, *Aux frontières de la vie: une étique biomédicale à la française*. T.I. La Documentation Française, Paris, 1991, p. 81, sustenta que "o gênero humano é em si mesmo um valor".

163. Assim, o Conselho da Europa em seu Convênio sobre *Direitos Humanos e Biomedicina* proclama: "Convencidos da necessidade de respeitar o ser humano não apenas como indivíduo, mas também na sua pertença à espécie humana, e reconhecendo a importância de garantir sua dignidade" (Preâmbulo). E a UNESCO, em sua Declaração Universal sobre o *Genoma Humano e os Direitos Humanos*, de 11 de Novembro de 1997, proclama, por sua vez, que: "O genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade e diversidade intrínsecas. Em sentido simbólico, o genoma humano é o patrimônio da humanidade"; "Nenhuma investigação relativa ao genoma humano, nem suas aplicações, em particular, nas esferas da biologia, da genética e da medicina poderão ter primazia sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, dos grupos humanos" (arts. 1.º e 10, respectivamente, da Declaração Universal de 1997).

164. Sobre a delimitação dos possíveis bens jurídicos implicados na engenharia genética e nas manipulações genéticas, v. Carlos M. ROMEO CASABONA, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, em "Folia Humanística", n. 276, 1986, p. 6; o mesmo, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, em Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", t. III, Bilbao, 1994, pp. 187 e ss. e a interessante e fundamentada contribuição de José M. VALLE MUÑIZ/Marise GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, em "Poder Judicial", n. 26, 1992, pp 119 e ss. (128).

determinadas ocasiões, estas decisões protetoras podem constituir-se num meio instrumental para tutelar, ao mesmo tempo, valores democráticos baseados no pluralismo e impedir o domínio de uns seres humanos sobre outros; é sabido que a indiferentismo, a homogeneidade e a docilidade dos cidadãos sempre foi a tentação do Estado totalitário.

Ciente de que ainda é necessário aprofundar (e muito) as elucubrações sobre esta questão específica, servem como pressupostos a serem considerados:

1.º A inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético não patológico do ser humano (herança genética), para garantir a integridade e diversidade da espécie humana, daria lugar às seguintes proibições: ¹⁶⁵ o intercâmbio genético humano (formação de híbridos); a fecundação interespecies ou transferência de embriões interespecie (de animal a ser humano, e vice-versa) com qualquer fim e com qualquer grau de desenvolvimento temporal, salvo certas provas diagnósticas controladas em seu desenvolvimento temporal; a fusão de pré-embriões humanos entre si ou interespecies (quimeras) com qualquer fim e em qualquer grau de desenvolvimento; outras ações dirigidas a modificar o patrimônio genético humano não patológico. Uma vez mais a alusão a esta última expressão obriga a discernir entre o patológico e o simplesmente anômalo, diferente ou infrequente ou desvio irrelevante dos padrões de saúde.¹⁶⁶ Estas referências sobre o normal e o patológico, que aqui podem tão somente ser ressaltadas, constituem um dos pontos nucleares da reflexão sobre as aplicações futuras da engenharia genética como sutil caminho eugênico, que não devem permanecer reduzidas ao plano da análise biomédica, mas sim trasladar-se ao campo da valoração filosófica, sociológica, ética e jurídica. A esse respeito, parece conveniente chamar atenção somente agora – para manifestar as tensões dialéticas e valorativas potencialmente presentes que impõem a continuação desse discurso reflexivo – sobre o fato de que a esse emergente direito de herdar um patrimônio genético inalterado poderia opor-se um, não menos legítimo, direito de herdar um patrimônio genético sadio. Seria real ou aparente a oposição mencionada? Provavelmente o certo seja o segundo termo, e que, na realidade, sejam interesses atendíveis, conciliáveis e, inclusive, harmonizáveis, mas como sustento, à luz de conhecimentos, no futuro, mais precisos sobre os efeitos da intervenção em linha germinal.

165. V. VALLE MUÑIZ/ GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal* cit., pp. 131 e s.

166. V., sobre este último aspecto, ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética*, cit., p. 291; KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, cit. pp. 43 e ss.; WIDMER, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, cit., p. 203.

Em relação com parte dessas colocações, a Recomendação do Conselho da Europa de 26 de janeiro de 1982 afirmava que “os direitos à vida e à dignidade humana garantidos nos arts. 2.º e 3.º do Convênio Europeu de Direitos Humanos trazem consigo o direito de herdar características genéticas que não tenham sofrido nenhuma manipulação” e que “este direito deverá ser enunciado expressamente no marco do Convênio Europeu de Direitos Humanos”.¹⁶⁷ Radical pretensão que, seguramente, terá de ser objeto de considerações no futuro.¹⁶⁸ Com efeito, o Convênio deste organismo internacional sobre Direitos Humanos e Biomedicina assume em parte essa proteção da dignidade da pessoa (enquanto bem jurídico individual), e, embora esteja previsto que os aspectos particulares relacionados ao genoma humano serão desenvolvidos mediante protocolo específico sobre o tema, o Convênio já faz alusão à proibição da intervenção em linha germinal, se esta afeta a descendência: “Não será permitida nenhuma intervenção sobre o genoma humano que não tenha fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e sob condição de que não objetive modificar o genoma da descendência”(art. 13). Por conseguinte, de acordo com este preceito, a eugenia aperfeiçoadora está excluída do âmbito das intervenções permitidas no genoma humana.

Por sua vez, a Associação Internacional de Direito Penal propugna que este direito deva estar protegido por lei, assim como proibida a transferência de gametas humanos com fins não terapêuticos, e pronuncia-se expressamente pela criminalização dos experimentos dirigidos a gerar híbridos ou quimeras pela fusão de células humanas com células animais.¹⁶⁹ São exemplos de que estão presentes interesses que afetam a humanidade, como objeto digno de máxima proteção, que inclusive – sugere-se na Recomendação mencionada – poderia

167. Recomendação do Conselho da Europa 934 (1982) *on genetic engineering*, princípio 4, letras i e ii, respectivamente. O princípio 4.iii assinalava, não obstante, que “o reconhecimento expresso do referido direito não deverá opor-se ao desenvolvimento de aplicações terapêuticas de engenharia genética (terapia gênica), muito promissoras para o tratamento e erradicação de determinadas doenças de transmissão genética”.

168. KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, cit., pp. 29 e s. alude, não obstante, aos riscos a que poderia conduzir a assunção de tal direito. De sua parte, LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, T.I., cit., p. 81 enfatiza com acerto que é impossível defender um direito a um patrimônio genético inalterado já que fatores ambientais e numerosos tratamentos, como a quimioterapia, introduzem sem cessar mutações genéticas.

169. Associação Internacional de Direito Penal, em seu XIV Congresso Internacional de Direito Penal, Resoluções 6.1, 6.8, e 6.10, respectivamente. V. também a Lei alemã sobre *Proteção de Embriões*, art. 7.º.

fazer emergir um novo direito do ser humano (individual) que ainda requer uma maior precisão de seus contornos.

De qualquer modo, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO é mais precisa, pois distingue os efeitos para os direitos individuais (“a dignidade, a liberdade os direitos da pessoa humana”), ao considerar que o “o genoma humano é o patrimônio da humanidade”.¹⁷⁰ Com efeito, de acordo com a proposta que aqui estamos fazendo, devo insistir na absoluta necessidade de diferenciar os bens jurídicos individuais dos coletivos que podem ser afetados pelas intervenções sobre o genoma humano (frequente, mas não necessariamente, de forma simultânea), idéia que já encontrou algum reflexo no Direito comparado (p. ex., França).¹⁷¹

Com a qualificação do genoma humano, como patrimônio comum da humanidade, deseja-se estender esta idéia, importada do Direito Internacional, ao genoma humano, e outorgar-lhe um reconhecimento e proteção similares aos de outros bens, como o mar, o espaço e os corpos celestes, bens culturais, etc. Os titulares seriam todos os seres humanos presentes e futuros – a humanidade –, o objeto de proteção, o genoma humano – enquanto legado comum a todos e cada um dos seres humanos –, a consequência, a proteção de sua integridade – o que não significa que não possa ser alterado em indivíduos concretos –, p. ex., para tratar uma doença – e o acesso de todos aos benefícios que possam dele derivar. Não obstante, este conceito não se refere à discussão sobre sua comerciabilidade e à proteção de alguns de seus benefícios econômicos em favor de determinadas pessoas, dada sua origem patrimonial. Como assinalai mais acima, não fica também encerrada a questão de sua intangibilidade.

2.º A identidade e irrepetibilidade do ser humano, como direito à individualidade e à condição de ser único, aceitando a complexidade e variabilidade da natureza humana: a criação de seres humanos idênticos por clonagem¹⁷² ou outros procedimentos genéticos com

170. V. sobre o conceito, Héctor GROS ESPIELL, *El patrimonio común de la Humanidad y el Genoma Humano*, em “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 3, 1995, pp. 91 e ss.

171. V. a Lei 94/653, de 29 de julho de 1994, relativa à proteção do corpo humano, que distingue a proteção da integridade do corpo humano da integridade da espécie humana (arts 16.3 e 16.4): “Ninguém poderá vulnerar a integridade da espécie humana. Fica proibida toda prática eugênica destinada à organização da seleção de pessoas. Sem prejuízo das investigações dirigidas à prevenção e tratamento das doenças genéticas, não poderá ser realizada nenhuma transformação dos caracteres genéticos com a finalidade de modificar a descendência da pessoa” (art. 16.4).

172. Neste sentido, Associação Internacional de Direito Penal, em seu XIV Congresso Internacional de Direito Penal, Resolução 6.9. E a Lei alemã sobre

qualquer finalidade (seleção da raça, criação de seres humanos "especializados" ou homúnculos).

A clonagem, enquanto tal, como procedimento de suporte das técnicas de reprodução assistida (p. ex., para obtenção de mais embriões pré-implantatórios quando é difícil obter óvulos da paciente; ou, com a separação de uma ou várias células do zigoto – totipotente – para efetuar um diagnóstico genético), não é em si mesma repelível, posto que não implica necessariamente manipulações genéticas, sem prejuízo dos problemas que apresenta quando formulada como mero suporte da investigação ou da experimentação, que não nos ocupa aqui. Ao contrário, seria rechaçável no caso da manipulação do ADN com fins seletivos para dar lugar em continuação a seres idênticos, e também, se se reservam *in vitro* embriões congelados para posterior implantação depois do nascimento do primeiro indivíduo surgido desse conjunto de clones, tenha morrido ou não. Por este motivo, dever-se-ia ponderar globalmente o custo-benefício de permitir tal procedimento, inclusive como auxiliar das técnicas de reprodução assistida, pelos riscos de desvios graves que pode ocasionar.¹⁷³ Considere-se, de outra parte, que a diversidade genética pode contribuir para preservar decisivamente a espécie humana diante de doenças infecciosas ou agentes externos de outro tipo aos quais uma determinada configuração genética poderia ser vulnerável.¹⁷⁴

3.º Privação da dupla dotação genética, e com isso da linha genética masculina e feminina, ao que se pode acrescer potenciais riscos para a saúde genética do procriado: a partenogênese, ou obtenção de um ser humano de um só gameta (óvulo); a obtenção de embriões mediante gametas de pessoas do mesmo sexo (que dariam lugar a zigotos com cromossomos XX em uniões de gametas femininos e a zigotos XX, XY em uniões de gametas masculinos). De um ponto de vista diferente, a ectogênese, o desenvolvimento de um indivíduo em laboratório, embora hoje pareça de impossível efetivação.

Proteção de Embriões: "§ 6.º Clonagem. (1) Quem artificialmente provoque a gestação de um embrião humano com informação genética idêntica a de outro embrião, feto, ser humano ou pessoa morta, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos e com pena de multa. (2) Será punido do mesmo modo quem transfira para uma mulher um embrião ao qual se refere o § 1.º (3) A tentativa é punível".

173. V. Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *Consideraciones juridico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos*(1), em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994, pp. 70. e s.

174. Por isso, é correta a proibição que estabelece a Lei espanhola 35/1988 sobre a criação de seres humanos idênticos por clonagem (art. 20.2.B.I) e foi prevista no CP de 1995 (art. 161.2).

4.º Proteção da sobrevivência da espécie humana: a criação de armas biológicas ou outras mediante técnicas de engenharia genética sobre o ser humano. Neste contexto, não devem ser esquecidos ainda os efeitos da modificação, através dos mesmos procedimentos de engenharia genética, do meio ambiente, pela liberação em particular de microorganismos modificados geneticamente, de forma que seja perigoso ou incompatível para a vida humana.

Sem prejuízo das discussões e matizações convenientes (inclusive as de identificação dos bens jurídicos que aqui se mostram implicados), todos estes comportamentos que atentam contra a humanidade deveriam ser em princípio objeto de criminalização, sem entrar (agora) na conveniência político-criminal de configurar delitos de lesão ou também, em alguns casos, delitos de perigo: e sem querer tomar posição ainda (isto será considerado mais adiante) no momento sobre se já deveriam ser todos eles incluídos no CP ou deveria esperar-se (em relação a alguns deles) a possibilidade de sua real concreção. Estas considerações servem-nos ao mesmo tempo para recordar a importância de se chegar ao máximo consenso da comunidade internacional, com o fim de estabelecer critérios uniformes assumidos por todas as nações e evitar, deste modo, que a permissividade ou negligência de alguns Estados dê lugar aos "paraísos genéticos" e satisfazer assim um duplo objetivo: evitar as experimentações e aplicações aberrantes recusadas por outros Estados e impedir que se gere na comunidade científica uma desigualdade de recursos e possibilidades investigadoras.

Bibliografía

Em espanhol:

- AA.VV.: "La ingeniería genética al servicio de la persona", en *Labor Hospitalaria*, n. 214, 1987. ABRISQUETA, J.A./ALLER, V.: "Directrices éticas de la manipulación genética", en *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988. ALVAREZ, R.: "Sir Francis Galton, padre de la eugenesia", en *Cuadernos Galileo de Historia de la Ciencia*, núm. 4, 1985. ESER, Albin: *Genética humana desde la perspectiva del Derecho Alemán* (trad. C.M. Romeo Casabona), en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1985. ESER, Albin: *¿Genética, "Gen-Etica", Derecho Genético?* (trad. C.M. Romeo Casabona), en "La Ley", n. 1397, 1986. GAFO, Javier: *Problemas Éticos de la Manipulación Genética*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1992. GAFO, Javier: *Eugenesia: Una problemática moral reactualizada* (Lección inaugural del curso 1985/86), Madrid, 1985. GRACIA GUILLEN, Diego: *Historia de la Eugenesia*, en Javier GAFO (ed.), "Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas", Universidad de Comillas, Madrid, 1994. GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos* (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio), en "Revista Jurídica de Cataluña", 1995. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: "Selección del sexo y derechos de la personas", en *La Ley*, 1992. HIGUERA, Gonzalo: "Ética y manipulación humana", *Miscelánea Comillas*, 43, 1985. HIGUERA GUIMERA, Juan F.: "Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos" (I) y (II), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1 y 2, 1994-95. KLEVES, Daniel J.: "La influencia de la eugenesia en la genética humana", en Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao, 1991. LEVIN, R. J.: "Métodos actuales para la selección previa del sexo", en *Labor Hospitalaria*, n. 218, 1990. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "El consentimiento y la esterilización de los incapaces", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 44, 1991. MULLER-HILL, Benno: "La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la historia", en Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao, 1991. MUÑOZ CONDE, Francisco: *La esterilización de deficientes psíquicos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 2, 1995. PALACIOS, Marcelo: "Selección del sexo y legislación vigente", en *Hojas de Tecnología* (Ministerio de Sanidad y Consumo. Dirección General de Planificación Sanitaria, ed.), n. HT9002, 1990. ROMEO CASABONA, Carlo M.: "El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales", en *La Ley*, 1987 (edición revisada y actualizada en *Diagnóstico Prenatal*, 1995). SILVA SANCHEZ, Jesús M.: *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988. VALLE MUÑIZ, José M./GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Marisé: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Poder Judicial*, n. 26, 1992. VIDAL MARTINEZ, Jaime: "Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil: Introducción y panorama general", en *Revista General de Derecho*, 1986. ZARRALUQUI, Luis: *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

Em outros idiomas:

AGAR, Nicholas: "Designing Babies: Morally Permissible Ways to Modify The Human Genome", *Bioethics*, vol. 9, number one, 1995. BLECHSMIDT, E.: "Die Erhaltung der Individualität Fakten zur Huma-Embriologie", *Hänssler Verlag, Serie Wort und Wissen*, Band 12, Neuhausen Stuttgart, 1983. BOONE, C. Keith: *Bad Axioms in Genetic Engineering*, en "Hasting Center Report", vol. 18, n. 4, 1988. BUICAN, Denis: *La génétique et l'évolution*. Presses Universitaires de France, Paris, 1993. CARMI, A.: "Genetic engineering", en *Medicine and Law*, vol. 2, n. 3, 1983. Council for Responsible Genetics: "Position paper on Human Germ Line/ Mise au point sur les manipulations génétiques germinales", *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, vol. 5, n. 4, 1994. DEUTSCH, Erwin: "Fetus in Germany. The foetus protection law of 13.12.1990, en *International Journal of Bioethics*, n. 3, 1992. ESER, Albin/KOCH, Hans-Georg: "Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation", en *Medizinrecht*, 1984. FINGER, Peter: "Zulässigkeit einer Sterilisation geistig Behinderter aus eugenischer oder sozialer Indikation-Stellungnahme zur Bundesärztekammer", en *Medizinrecht*, 1988. FLETCHER, Joseph: "Knowledge, Risk and the Right to Reproduce. A Limiting Principle", en *Genetics and the Law*, II (eds., A. Milunsky/G.J., Annas), Plenum Press, New York, 1980. GALTON, Francis: *Herencia y eugenesia*, Alianza Editorial, Madrid, 1988. HARRIS, John: "Is Gene Therapy a form Eugenesis?", *Bioethics*, vol. 7, 1993. HARRIS, John, *Wonderwoman and Superman. The ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, 1993. HERZOG, F.: "Gentechnologie. Forschungskontrolle durch Strafrecht", *Zeitschrift für Strafrecht Wissenschaft*, núm 105, 1993. HOFMANN, H.: "Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation-Wissenschaft im rechtsfreien Raum?", *Juristen Zeitung*, 41, 1986. HOLTUNG, Nils: "Human Gene Therapy: Down the Slipery slope?", *Bioethics*, vol. 7, 1993. JIMENEZ DE ASUA, Luis: *Libertad de amar, derecho a morir*, Losada, Buenos Aires, 1984. JONES, Owen D., "Reproductive autonomy and evolutionary biology: A regulatory framework for trait-selection technologies", *American Journal of Law Medicine*, vol. XIX, n. 3, 1993. KAUFMANN, Art., "Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht", *Festschrift für Oehler*, Köln, 1985. MANTOVANI, Ferrando, "Manipolazioni Genetiche", en *Digesto*, vol. VII, Torino, 1993. MASON, John K.: *Medico-legal aspects of reproduction and parenthood*, Darmouth Publishing Co., Aldershot, 1990. MAURON, Alex, "La génétique humaine et le souci des générations futures", en *Folia Bioethica*, n. 14, Société d'éthique biomédicale, 1993. MAYR, Ernst: *Darwin et la pensée moderne de l'évolution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1993. POWLEDGE, Tabitha/FLETCHER, John: "Recommandations concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal", en *Cahiers de Bioéthique*, Québec, 1980. REILLY, Philip R.: "Eugenic Sterilization in the United States", en *Genetics and the Law*, III (A. Milunsky/G.J. Annas, eds.), Plenum Press, New York, 1985. ROBERTSON, John A.: "Genetic Alteration of Embryos: The Ethical Issues", en *Genetics and the Law*, III, (A. Milunsky/G.J. Annas, eds.), Plenum Press, New York, 1985. SGRECCIA, Elio/DI PIETRO, M.L.: "Manipolazioni genetiche e procreazione artificiale: orientamenti giuridici e considerazioni etiche", *Il diritto de famiglia e delle persone*, 1987. THOMAS, Jean-P.: *Les fondements de l'eugénisme*, PUF, Paris, 1995. TRABUCCHI, A., "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Rivista di Diritto Civile*, 1986. WIDMER, Pierre: "Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale", en *Conseil de l'Europe* (ed.), *Ethique et génétique humaine*. Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994.

A INVESTIGAÇÃO E A EXPERIMENTAÇÃO EM GENÉTICA

1. A investigação sobre o genoma humano

1.1. A liberdade de investigação, limites da investigação

A discussão sobre qualquer investigação que possa recair, de algum modo, sobre seres humanos, incluída a que tem por objeto a investigação genética e a investigação genética médica, deve situar, em primeiro lugar, o seu modelo jurídico. Aceita-se sem maior discussão que o direito à produção e investigação científica se apresenta como outro interesse evidentemente digno de proteção, mas contraposto, em algumas ocasiões, a outros valores, individuais ou coletivos. Com efeito, a investigação científica tem por suporte irrenunciável a liberdade de investigação, concebida como direito à criação e à produção científicas, com a qual se atende, de forma primária, aos interesses do pesquisador ou cientista e também aos coletivos de promover o progresso científico, em razão dos benefícios gerais que podem proporcionar à sociedade. Daí surge outra consequência que deve ser igualmente garantida e protegida: a difusão e circulação da informação e do conhecimento científicos.¹

De qualquer maneira, não é pacífica a consideração do alcance deste direito no que se refere à aquisição do conhecimento. As posições são,

1. V. Carlos Maria ROMEO CASABONA, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, em Conseil de l'Europe (ed.) "Ethique et génétique humaine" Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, pp. 183 e ss.; Pierre WIDMER, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, no mesmo lugar, pp. 191 e ss.

fundamentalmente, três:² conforme a primeira, a obtenção de informação, de conhecimento científico, não deve estar sujeita a nenhum tipo de limitação, posto que o conhecimento, enquanto tal, não é prejudicial, mas sim a utilização posterior que dele se faça. A segunda posição sustenta que a investigação dirigida diretamente à aquisição de determinados conhecimentos para valer-se deles posteriormente, em prejuízo de indivíduos ou da sociedade, pode ser contrária à ética e, por isso, estaria justificada sua proibição. Finalmente, a posição que sustenta que a aquisição de conhecimento enquanto tal não deve sofrer nenhum tipo de limitações, sem prejuízo das (limitações) que correspondam a sua posterior utilização ou aplicação. Posição esta com a qual é necessário estar de acordo, acrescentando-se que é legítima a proibição de determinados procedimentos ou métodos de obtenção do conhecimento científico na medida em que envolvam seres humanos (incluído o conceito), outros componentes biológicos humanos ou outros bens dignos de proteção (p. ex., os animais).

Portanto, embora se reconheça a legitimidade da investigação científica e se propugne que esta seja eficazmente impulsionada tanto pelos poderes públicos, quanto pela iniciativa privada, esta liberdade – como qualquer outra liberdade – tem seus limites. Limites que nos recordam, de novo, a necessidade de que sejam determinados e de que devem ser estabelecidos uma vez mais, tanto nos interesses individuais, como nos coletivos. Assinalou-se que o limite infranqueável se acha no ser humano, em seu desenvolvimento e em seu ambiente imediato, ou que, em todo caso, encontrará seus limites onde um procedimento médico ou científico acarrete infrações previstas no direito civil ou penal, entrando em conflito com a proteção de um bem garantido constitucionalmente ou por outra norma jurídica; em outras palavras, os direitos fundamentais do indivíduo constituem esse limite intransponível, sem prejuízo das diferenciações que exijam as situações concretas. O ser humano, cada ser humano, é um valor em si mesmo que deve ser respeitado mesmo sem considerar os benefícios que possam ser obtidos para terceiros ou para a coletividade em seu conjunto.³

2. Stella Maris MARTÍNEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, pp. 104 e ss., a partir de outro ângulo, distingue quatro políticas possíveis.

3. Neste sentido, a Recomendação do Conselho de Europa, 934 (1982), *on genetic ingeneering*, assinala: “A liberdade da investigação científica – valor fundamental de nossas sociedades e condição para sua adaptação às transformações do ambiente mundial – conduz a predispostas obrigações e responsabilidades, especialmente no que se refere à saúde e à segurança da população em geral e dos demais trabalhadores científicos, assim como à não contaminação do meio ambiente” (princípio 3, iii).

Neste marco operativo sobre a investigação científica no seio das ciências biomédicas inspira-se o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, quando declara: "a investigação científica no âmbito da biologia e da medicina desenvolver-se-a livremente, com atenção ao estabelecido no presente Convênio e nas demais disposições jurídicas que asseguram a proteção do ser humano" (art. 15), admitindo expressamente a realização de provas genéticas com fins científicos relacionados à saúde: "as análises preditivas de doenças genéticas ou capazes de identificar uma pessoa como portadora de um gene responsável por uma doença ou uma predisposição ou susceptibilidade genética a uma doença, poderão unicamente ser executados com fins médicos ou de investigação médica, e acompanhados de um aconselhamento genético apropriado" (art. 12). Não obstante, dever-se-ia pensar em estabelecer, em algum protocolo posterior específico sobre investigação e experimentação genética humana, as limitações e particularidades que apresentam tanto a investigação genética clínica, como a não clínica.

Esta conciliação de interesses e de respeito aos direitos humanos é a mais adequada para a categoria da liberdade de pesquisa que, como direito fundamental, encontra aprovação na Constituição Espanhola de 1978 (art. 20.1.b), e por isso mais acima já defendemos que as limitações devem ser estabelecidas quando se confronte com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos, pois, não sendo este o caso, a CE impõe aos poderes públicos a tarefa de promover a ciência e a investigação científica e técnica em benefício do interesse geral (art. 44.2).

1.2. A proteção jurídica às investigações sobre o genoma humano

No que se refere à investigação sobre o genoma humano dentro daquilo que constitui o marco do Projeto Genoma Humano e outros programas de investigação semelhantes, isto é, relacionados à conformação da cartografia genética humana,⁴ não há especiais problemas jurídicos em jogo. A identificação das seqüências de ADN, sua localização e o descobrimento de suas funções respectivas, configuram-se como atividades científicas de aquisição de conhecimentos sobre as quais o Direito, em princípio,⁵ não deve intervir, a não ser, em todo

4. V. mais acima, Capítulo I, 2.2.

5. Noëlle LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, I.I. La Documentation Française, Paris, 1991, p. 69, se pronuncia em sentido similar, a partir de uma perspectiva ética.

o caso e sempre que necessário, para apresentar os instrumentos jurídicos que a propiciem e fomentem, dentro do marco de liberdade de investigação e de promoção dos avanços científicos. Provavelmente, e dada a alta tecnologia que exigem e seus potenciais perigos para o meio ambiente, poderiam ser exigidas garantias sobre a qualidade dos meios materiais e de recursos humanos destinados às equipes investigadoras e sobre a adoção de medidas suficientes de segurança. Como comprovamos nas linhas precedentes, são os resultados desta investigação, ou seja, a utilização das informações que são fornecidas e suas aplicações no ser humano, aquilo que requer a intervenção do Direito. De qualquer maneira, a utilização de determinados materiais biológicos para realizar essas pesquisas, o recurso a embriões e fetos humanos, estabelecem também a necessidade de regulações jurídicas.

É significativo destacar um novo fenômeno que se produziu em relação às pesquisas e intervenções sobre o genoma humano, diferentemente do ocorrido com outras descobertas e avanços tecnológicos e científicos de grande magnitude para a humanidade: a reflexão e o debate sobre suas repercussões sociais (incluindo as éticas e jurídicas) está sendo realizada de forma paralela e aberta, com o objetivo de alcançar a respeito o consenso nacional e internacional. Por exemplo, insistimos nos importantes recursos destinados pelos Institutos Nacionais de Saúde e pelo Departamento de Energia dos E.U. para promoção de vários programas de estudos sobre os aspectos éticos, legais e sociais do Programa ELSI,⁶ assim como a parte correspondente do Programa Biomed da União Européia (Programa ESLA).

Na Espanha, a Lei 42/1988 autoriza a realização de tecnologia genética com material genético humano ou combinado. Para isso estabelece dois requisitos gerais (art. 8.1.): 1.º cumprimento dos termos da própria Lei e das disposições que dela decorrem; 2.º Adaptação a projetos de investigação autorizados (e amplamente desenvolvidos), nos que deverá constar: localização, duração, materiais biológicos a ser utilizados e fins pretendidos. Do anterior requisito e da Disposição Adicional Segunda⁷ deduz-se um terceiro: devem ser autorizados Centros ou Serviços, na medida em que utilizem material genético ou investiguem sobre eles. Quanto aos aspectos concretos autorizados, em relação à tecnologia genética, o art. 8.2 assinala: "A aplicação da tecnologia genética poderá ser autorizada para a consecução dos fins

6. V. U.S. Congress, Office of Technology Assessment (OTA), *Biomedical Ethics in U.S. Public Policy*, Washington, DC. U.S. Government Printing Office, 1993, p. 8.

7. Reza assim: "Criar-se-á, por regulamento, um Registro Nacional de Centros ou Serviços autorizados nos quais se utilize ou investigue material genético".

e nos casos que em seguida serão mencionados: a) Com fins diagnósticos, que terão o caráter de diagnóstico pré-natal, *in vitro* ou *in vivo*, de doenças genéticas ou hereditárias, para evitar sua transmissão ou para tratá-las ou curá-las. b) Com fins industriais de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico, como é a fabricação, por clonagem molecular ou de genes, de substâncias ou produtos de uso sanitário ou clínico em quantidades suficientes e sem risco biológico, quando não sejam convenientes por outros meios, como hormônios, proteínas de sangue, controladores da resposta imunitária, antivirais, antibactericidas, anticancerígenos ou vacinas sem riscos imunitários ou infecciosos. c) Com fins terapêuticos, principalmente para selecionar o sexo no caso de enfermidades ligadas aos cromossomos sexuais e especialmente ao cromossomo X, evitando sua transmissão, ou para criar mosaicos genéticos benéficos por meio da cirurgia, ao transplantar células, tecidos ou órgãos dos embriões ou fetos a doentes que estejam alterados ou faltem biológica ou geneticamente. d) Com fins de pesquisa e estudo das seqüências do ADN do genoma humano, sua localização, suas funções e sua patologia; no estudo do ADN recombinante no interior das células humanas ou de organismos simples, com o propósito de aperfeiçoar os conhecimentos de recombinação molecular, de expressão da mensagem genética, de desenvolvimento das células e de suas estruturas, assim como seu dinamismo e organização, os processos de envelhecimento celular, dos tecidos e dos órgãos, e os mecanismos gerais da produção de doenças, entre outros”.

Como se pode comprovar, o último inciso é diretamente aplicável aos Projetos atuais de investigação sobre o genoma humano. Por sua vez, a Lei 35/1988 inclui, em seu art. 16.1 (a que me referirei mais adiante), um catálogo de investigações permitidas, algumas das quais estão diretamente relacionadas ao genoma humano. Quanto às proibições, das quais me ocuparei noutro lugar, pode-se adiantar que está proibido, como infração administrativa muito grave, a realização de qualquer ato dirigido a modificar o patrimônio genético humano não patológico (art. 9.2. B.a da Lei 42/1988) e que o CP de 1995 prevê, como delito, a realização desta conduta de forma dolosa ou culposa (art. 159).

2. A investigação genética clínica

A investigação genética médica pretende, entre seus diversos objetivos, fornecer informação para chegar-se a um conhecimento mais preciso sobre as doenças genéticas que o ser humano pode padecer para assim poder diagnosticá-las, preveni-las e tratá-las melhor.

Por outro lado, as doenças genéticas apresentam uma dupla vertente, que as diferenciam das não genéticas: uma horizontal, quando podem

afetar não só às pessoas em particular, como também a suas famílias e, em certa medida, à coletividade; e outra vertical, já que tais doenças podem ser transmitidas às gerações futuras. Em consequência, os resultados das investigações presumivelmente serão muito valiosos, pois poderão beneficiar tanto à pessoa que é submetida à pesquisa, quanto a terceiras (frequentemente aparentadas geneticamente com aquela), inclusive ainda não nascidas. Por tal motivo, a pesquisa com fins médicos deverá contar com a máxima informação possível e isso coloca a necessidade de facilitar, ao máximo, o seu acesso e a colaboração das pessoas pertencentes a grupos de risco, ou seja, com antecedentes familiares ou com alta probabilidade de serem portadoras de genes defeituosos e, por conseguinte, também fonte dessa informação necessitada de pesquisa. Quando esta colaboração não é oferecida voluntariamente, mas, não obstante, se delineia a oportunidade de sua obtenção, inclusive, por procedimentos coercitivos, surge o conflito entre os direitos de autonomia e intimidade (do qual deriva o dever de confidencialidade), em face dos interesses e valores da pesquisa, como meio de beneficiar a terceiras pessoas, inclusive ainda não nascidas.

Quando a investigação vai além da obtenção de informação, posto que se pretende a aplicação e verificação da eficácia preventiva ou terapêutica dos conhecimentos científicos, estamos nos movendo no campo da experimentação, tanto em pessoas, como em conceitos que seguem seu processo normal de desenvolvimento no ventre da mãe (deixando agora à margem o zigoto obtido *in vitro* ainda não transferido a uma mulher). Diferentemente da primeira fase investigatória, que deveria apenas apresentar riscos às pessoas que são a ela submetidas, esta segunda fase pode trazer riscos para a saúde ou integridade (e mesmo para a vida) das pessoas e seres humanos concebidos sobre os quais se realiza a experimentação, perigos a que a investigação genética não é alheia, e a respeito da qual são também desconhecidos frequentemente seus efeitos secundários.

Estes problemas, embora, em geral, tenham sido bem estudados em relação à investigação de doenças não genéticas, apresentam interesse e exigem especial atenção em relação à investigação de doenças genéticas em virtude das peculiaridades diferenciadoras que sua análise ética e jurídica oferecem. No entanto, e pela evidente relação que guardam com esta nova perspectiva, não deveriam ser desperdiçadas as construções éticas e jurídicas já elaboradas, em relação à experimentação não genética, tomando-as, ao menos, como ponto de partida.

Em seguida, e com o fim de contribuir na fixação dos termos do debate, serão expostos alguns problemas, vinculados ao delineamento anterior, que podem afetar, de forma mais direta, os direitos humanos tal e como foram apresentados até a atualidade, e refletiremos também

sobre a conveniência e possibilidade da revisão do conteúdo desses direitos em razão dos novos problemas.

2.1. Participação voluntária ou compulsória em investigações genéticas

A participação de uma pessoa numa investigação médica, como sujeito da experimentação, posicionou-se tradicionalmente em termos de voluntariedade, isto é, que pessoa adulta e capaz preste seu livre consentimento a todo o processo de experimentação depois de receber a informação adequada sobre o referido processo e sobre os riscos que podem dele originar para sua saúde. O exemplo mais conhecido destas características constitui-se nos ensaios clínicos, destinados a conhecer os efeitos benéficos e/ou prejudiciais de um novo medicamento.

Alguns textos internacionais de natureza distinta – ética ou jurídica – respaldam também este princípio quando se trata da chamada experimentação pura, ou seja, quando o objetivo imediato é a obtenção de conhecimentos científicos para sua futura aplicação a pessoas doentes que se submetem voluntariamente à investigação. Assim, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das ONU, em 1966, ressalta: “Ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem seu livre consentimento a experimentos médicos ou científicos” (art. 7.^o). Do ponto de vista ético, o primeiro foi o conhecido “Código de Nuremberg”, de 1947: e, mais tarde, a Declaração de Helsinki, aprovada pela Assembléia Médica Mundial, em 1964, e por ela revisada, em 1975, 1983 1989. Esta Declaração assume a participação *voluntária* na investigação biomédica não terapêutica em seres humanos (II, 2), e que os interesses da ciência e da sociedade na investigação em seres humanos não se podem antepor ao bem-estar do indivíduo (III, 4).

A diferença da investigação genética médica com a anterior prática firma-se no fato de que a pessoa que se submete à investigação genética já apresenta a doença ou é portadora dela e pode transmiti-la à sua descendência, ou seja, ela mesma já possui de antemão a informação que se busca em algum gene, e se cuida de identificar a referida informação e de estudá-la. Por conseguinte, não faz sentido, em princípio, recorrer a uma pessoa sadia para obter a informação, a não ser com o fim de validá-la com estudos comparativos. Este é o motivo pelo qual surge a necessidade de contar com a colaboração dessa pessoa e de outras (p. ex., familiares) que pertençam a um grupo de risco mais ou menos identificado. Se a pessoa ou pessoas afetadas recusam participar da investigação, está ficará então condenada ao fracasso.

Um debate parecido, que poderia servir de comparação e de referência analítica para o que estamos abordando agora, está sendo formulado em relação à obrigatoriedade de submissão de determinados grupos populacionais ou recém nascidos (e como vimos é ainda desconhecido este debate em relação aos diagnósticos pré-conceptivo e pré-natal, em particular, quando se tentou relacionar a eles um aconselhamento diretivo, ou seja, não meramente assessor ou orientativo) ao rastreamento genético ("genetic screening"). Embora, no caso agora tratado, o discurso ético e jurídico pudesse parecer semelhante, deve considerar-se, no entanto, que não o é integralmente, pois no rastreamento genético se pretende, em última instância, ministrar informação aos indivíduos submetidos às provas com o fim de que eles próprios possam depois decidir a respeito da tomada de medidas a fim de prevenir ou tratar a doença de risco, objeto do rastreamento. A hipótese de partida na investigação genética médica pressupõe, ao contrário, que a pessoa submetida à investigação não será beneficiária imediata dos resultados da investigação, ou, se for, este seria um efeito secundário. Como resolver então o problema? Pense-se que quando consideramos a aplicação de medidas coercitivas, em qualquer contexto da vida social, estamos apelando para a intervenção do Direito como único instrumento legítimo (se este, por sua vez, se acha legitimado, por exemplo, a partir da perspectiva que oferecem os direitos do homem e a forma de sua manifestação democrática) para restringir os direitos dos cidadãos.

O pensamento utilitarista, para o qual entrariam em consideração os benefícios que esta classe de pesquisas trariam à sociedade, chegaria provavelmente à conclusão da legitimidade ética de impor com coerção que determinadas pessoas presumivelmente portadoras de uma valiosíssima informação genética se submetam a uma investigação genética médica. Para fundamentar tal conclusão bastaria recorrer ao princípio de proporcionalidade: ponderar os possíveis prejuízos individuais com os previsíveis benefícios sociais, ou ponderar, em termos mais amplos, a relação entre custo e benefício.⁸

Por sua vez, o pensamento do contrato social, que enaltece o valor individual no seio da vida coletiva partindo de uma determinada concepção suficientemente conhecida do ideal de justiça, não chegaria, provavelmente, à mesma conclusão. Com efeito, conforme o princípio de autonomia, seria necessário obter previamente o consentimento informado da pessoa da qual se necessita sua colaboração na pesquisa. Pode-se afirmar que até o momento atual esta perspectiva de repulsa

8. Crítica com este enfoque, Bartha M.KNOPPERS, *Human dignity and genetic heritage*, Study Paper, Law Reform Commission of Canada, 1991, p. 72.

a participações coercitivas nos programas genéticos é a dominante também em relação à pesquisa genética.⁹

A comprovação de que as doenças genéticas transcendem a esfera individual, por afetar também a família, a outras pessoas do mesmo grupo de risco e a gerações futuras, introduz um novo fator na reflexão. Até onde chega a responsabilidade individual nestes casos em relação aos interesses coletivos? Esta perspectiva exige um aprofundamento maior sobre os interesses em jogo que já foram valorados e interiorizados, inclusive, pelo indivíduo na sua tomada de decisão de repelir a participação num programa de pesquisa genético-médica.

Na decisão negativa dessa participação, entraram em consideração os incômodos ou perigos que podem acarretar para a própria integridade pessoal, mas também podem proteger a própria esfera íntima ou a vida privada. Com efeito, nestes casos, menciona-se a existência de um direito "de não saber", com o qual se quer dizer que o interessado, não se submetendo a tais provas, evita saber se realmente é portador de uma doença genética ou se pode, inclusive, padecê-la no futuro. Esta atitude pode ser taxada de pouco solidária, se com ela se impede o progresso da ciência ou o conhecimento da situação dos familiares ou futuros descendentes, e, portanto, pode-se chegar a propugnar sua neutralização mediante a reação coercitiva juridicamente institucionalizada. No entanto, a questão não é tão simples, pois pode ocorrer que, para essa possível doença genética, não haja disponibilidade de meios adequados a fim de preveni-la, tratá-la, reduzi-la ou mitigá-la e é então legítimo – sobretudo se a doença é grave ou mortal – recorrer a esse direito de não saber com o fim de evitar que o referido conhecimento altere seu desenvolvimento vital (de ter, talvez, de reformular suas próprias expectativas e sua forma de vida) e social (de ser objeto de discriminações) a partir desse momento diante de uma predição sobre cuja materialização futura nada podem fazer, nem ele, nem a ciência para evitá-la. Por conseguinte, o direito à proteção da vida privada, sem intromissões externas, ressurgue nestes momentos, como garantia da decisão individual tomada, partindo do entendimento de que esse direito de não saber não é, em realidade, outra coisa que a manifestação do direito ao respeito da vida privada.¹⁰ Ainda mais,

9. V. p. ex. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research: *Screening and Counseling for Genetic Conditions*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C. 1983.

10. O Convênio sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, de 4 de abril de 1997 do Conselho da Europa, destaca, por sua vez, a importância que apresenta este direito no âmbito das ciências biomédicas: "Todos tem direito ao respeito de sua vida privada no âmbito da saúde. Toda pessoa tem direito de conhecer qualquer informação recolhida sobre sua saúde. Se, no entanto, preferir não ser informada, terá de ser respeitada sua vontade (...)" (art. 10).

o desejo de proteger a vida privada até suas últimas conseqüências levou à previsão de garantias com o fim de assegurar a confidencialidade dos dados das pessoas que se submetem voluntariamente a provas genéticas com finalidades de investigação.¹¹

O direito ao respeito da vida privada e familiar, como é sabido, encontra-se expressamente reconhecido pelo Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 (art. 8.1), sem mais limitações e quando a ingerência “esteja prevista pela lei e constitua uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária para... *proteção da saúde* e da moral, ou proteção dos direitos e liberdades dos demais” (art. 8.2). A obscuridade do final do preceito parcialmente transcrito, quanto a seus efeitos restritivos, que poderiam ter relevância para a reflexão que estamos propondo, deverá passar, de qualquer maneira, pelo filtro de sua *necessidade* numa “sociedade democrática”, e, assim como seriam admissíveis certas ingerências na vida privada alheia para prevenir os riscos de uma doença contagiosa (o Convênio admite neste caso, inclusive, a privação da liberdade em forma de internação, art. 5.1.e), poderia ser discutível essa ingerência quando não há ainda destinatários concretos da proteção da saúde ou dos direitos e liberdades de outros; não nos esqueçamos que se trata de opor-se a uma investigação. O temor sobre o alcance que pode ser dado a tão genérica declaração levou à proposição da interpretação da “necessidade”, como equivalente ao princípio de subsidiariedade, no sentido de que os poderes públicos só estariam autorizados a restringir os direitos fundamentais, em virtude da referida declaração, quando não houvesse outro meio de lograr o

11. Assim, a Lei Federal Austríaca, de 12 de julho de 1994, pela qual se regulam as atividades com organismos modificados por técnicas genéticas, a liberação e a colocação em circulação de organismos modificados geneticamente por meio de técnicas genéticas e a aplicação da análise genética e a terapia gênica no ser humano, modificando a Lei de Responsabilidade por Produtos (Bundesgesetz, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird), art. 66: “(1) As análises genéticas no ser humano, com fins científicos e de formação só poderão ser realizadas com o consentimento expresso e escrito do doador da amostra ou em amostras anônimas quando, sem que se indique o nome, esteja provida de um código e esse código esteja relacionado exclusivamente, no centro correspondente, com o nome do doador da amostra. (2) Os resultados obtidos de análises genéticas aos quais se refere o § 1.º apenas poderão ser acessíveis num rede de dados ou publicados quando se tenha assegurado através de medidas adequadas que – salvo o disposto no § 1.º – não resulte possível determinar o doador da amostra”.

objetivo exigido pelo interesse público, do que derivaria, por sua vez, o princípio de proporcionalidade.¹² Aquele prisma restritivo do Convênio Europeu está previsto também no Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina,¹³ motivo pelo qual deverá ser objeto de cuidadosa valoração e, no meu entender, será necessário um pronunciamento estatutário expresso e específico através do qual se concretizem ao máximo as restrições pertinentes relacionadas à adoção dos Protocolos relativos à pesquisa e experimentação em seres humanos e à genética humana.

Deve-se recordar também que alguns sistemas jurídicos internos não admitem a coação – ainda que outros sim – para submeter a extrações de sangue cidadãos culpados de um delito contra a segurança do tráfego motorizado, cometido sob influência do álcool (medição da concentração de álcool no sangue) ou submetidos a um processo de paternidade (provas de HLA e de ADN), por entender que seria vulnerado um direito fundamental (a integridade física, a intimidade), sem prejuízo das consequências jurídicas que derivem de sua negativa injustificada. Não entramos aqui, por ser uma hipótese distinta, na responsabilidade (civil ou penal) em que poderia incorrer o pai ou a mãe que se neguem a submeter-se a provas genéticas necessárias para diagnosticar ou tratar uma doença da qual seu filho é portador.

As mais recentes iniciativas legislativas comparadas sobre o tema mantêm vigente o vínculo com os princípios tradicionais na matéria, inclusive semelhantes aos ensaios clínicos com medicamentos,¹⁴ como é a necessidade de contar com o consentimento livre e informado do interessado,¹⁵ ou de não antepor os interesses da sociedade aos do indivíduo.¹⁶

12. WIDMER, Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale, cit. p. 194.

13. Reza assim: "O exercício dos direitos e das disposições de proteção enunciados no presente Convênio não podem ser objeto de outras restrições mais do que aquelas que, previstas por lei, constituam medidas necessárias numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde pública ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais" (art. 26.1).

14. Desta orientação, a Lei Federal Austríaca de 1994, cit., art. 76 (v. mais adiante).

15. Assim, na França, Lei 953-1994, art. 16.10: Somente poderá ser empreendido o estudo genético das características de uma pessoa com fins médicos ou de investigação científica. Deverá ser, previamente, obtido o consentimento da pessoa para a realização do estudo.

16. Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina: "O interesse e o bem do ser humano prevalecerão frente ao exclusivo interesse da sociedade ou da ciência" (art. 2.º).

Por conseguinte, nestes casos os mecanismos disponíveis poderiam ser, de um lado, que os poderes públicos se responsabilizassem por fomentar e assegurar a livre circulação do conhecimento científico, a transmissão e divulgação – educação – à opinião pública dos avanços científicos na prevenção e/ou tratamento das doenças científicas, de modo que os cidadãos possam recorrer, graças a essa informação, aos centros de pesquisa e tratamento. De outro lado, a chamada à responsabilidade cidadã, que exige como premissa o reconhecimento da autonomia moral da pessoa e a solidariedade servirão também como estímulo para superar os obstáculos pessoais e favorecer a reflexão sobre as próprias convicções e a contribuição voluntária nos programas de investigação, e ao mesmo tempo, a responsabilidade social despertaria nos indivíduos a decisão – mas dentro de sua liberdade de escolha – de não guarde para si a informação que poderia beneficiar a outros membros da família e que, não transmitida, poderia prejudicar-lhes.¹⁷

2.2. *Limites da investigação genética sobre recém-nascidos e adultos*

Quando a investigação genética necessita recorrer a seres humanos para comprovar a validade terapêutica de suas aplicações, deve estar submetida às regras gerais estabelecidas e geralmente admitidas para a experimentação com seres humanos. A comprovação de que a investigação genética apresenta unicamente traços substancialmente diferenciadores, em relação à investigação médica não genética, justificaria rever os princípios normativos que inspiram a realização da experimentação humana em geral. A este respeito, as contribuições dos cientistas e pesquisadores, em genética humana, deverão ser de grande valor para a reflexão sobre a validade daqueles princípios gerais.

Em princípio, a investigação genética em linha somática parece apresentar um essencial paralelismo e similitude com a experimentação geral não genética, na qual se distingue a investigação terapêutica (clínica) da investigação não terapêutica (não clínica).¹⁸ Além dos

17. KNOPPERS, *Human dignity and genetic heritage*, cit. p. 70, que identifica este preceito ético como o de “reciprocidade” (*mutuality*). V. Também em semelhante direção, WIDMER, *Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale*, cit. pp. 203 e s.

18. Neste sentido, a Lei Austríaca de 1994, cit. art. 76: “Serão aplicáveis as disposições da Lei de Medicamentos sobre experiências clínicas para as experiências clínicas no marco de uma terapia somática, juntamente com a regra de que apenas poderá ser realizado tal experiência clínica quando tenha sido autorizado pelo Ministério Federal de Saúde, Esportes e Proteção dos Consumidores”.

requisitos ou condições próprias de cada uma destas modalidades de investigação, têm elas em comum, entre outros requisitos, a justificação da necessidade e interesse da investigação, realização prévia de ensaios em laboratório e em animais, o consentimento informado da pessoa que será submetida à experimentação, a ponderação de riscos e vantagens, não colocando em perigo a vida ou a saúde e integridade física ou psíquica da pessoa, submissão a um protocolo e à avaliação e acompanhamento dos comitês de investigação que estejam previstos nas práticas ou legislações internas, etc.

No caso de crianças, os problemas específicos são fundamentalmente dois: em primeiro lugar, a necessidade de que a investigação redunde diretamente em seu próprio benefício ou a admissão de exceções a esta restrição quando os riscos previsíveis sejam nulos ou mínimo, em segundo lugar, quem deve prestar o consentimento informado: seus representantes legais (pais, tutor), e se deve ser levada em consideração sua vontade no caso de ter suficiente capacidade de discernimento para compreender a magnitude que representará para ele próprio e para terceiros o processo a que será submetido.

A investigação genética na linha germinal, quando não transcenda o material biológico humano utilizado (gametas e zigoto obtido *in vitro* ainda não transferido a uma mulher) não parece repercutir sobre nenhum direito humano concreto, pois estas intervenções não se realizam, em princípio, sobre uma pessoa. No entanto, pode afetar seres humanos futuros (p. ex., se se permite o desenvolvimento do zigoto manipulado transferindo-o depois a uma mulher) e à coletividade (a espécie humana), como assinalamos no Capítulo anterior. A complexidade que apresenta tal investigação (a respeito da qual suas potencialidades futuras, tanto favoráveis, como adversas, são conhecidas ainda de forma insuficiente) e as reservas que hoje se opõem, inclusive, à terapia gênica em linha germinal, reforçam o critério de estrito controle de sua permissão até que se apresentem com precisão todos os fatores relevantes.

Em qualquer caso, a manipulação genética com fins de investigação médica ou mesmo terapêutica exige uma profunda reflexão sobre a identificação de possíveis novos direitos humanos, individuais e, talvez coletivos (sobretudo referentes à espécie humana), e, a partir daí debater quais ações deveriam ser permitidas, limitadas ou proibidas para garantir uma adequada proteção destes direitos "novos". A premissa metodológica deverá ser a identificação dos bens e interesses que poderiam subjacer objetivamente a tais direitos. O chamado "direito de herdar um patrimônio genética inalterado" poderia ser um ponto de partida, mas uma declaração de semelhante importância deve ser objeto de profundas reflexões, para evitar que possa ser tachada de

excessivamente simplista, posto que nem toda alteração genética deve ser necessariamente prejudicial para a humanidade (admitindo sempre que seus hipotéticos efeitos irreversíveis sobre ela serão sentidos a longo prazo) e, ao contrário, se benéfica para indivíduos concretos.

Deve também ficar ainda em aberto a questão de qual deveria ser o tratamento jurídico do embrião *in vitro* não transferido, no contexto dos direitos do homem, partindo do pressuposto de que não dará lugar necessariamente ao desenvolvimento de um ser humano nascido e de que juridicamente não se lhe reconhece, pelos direitos internos, a natureza da pessoa, isto é, a titularidade de direitos subjetivos, embora se admita que encarne também uma forma de vida que pode ser o germen de um ser humano, o que poderia justificar ainda mais sua proteção, como veremos mais adiante.

2.3. *Direitos humanos, deveres humanos*

O conhecimento do genoma humano e as aplicações, que derivem do referido conhecimento para o benefício da humanidade, repercutirão em todos os seres humanos, dado que o genoma é uma constante comum a todos nós, o que originará vínculos mais estreitos e um fortalecimento de nossa consciência e sentimento de participar da espécie humana, como consequência desse desafio científico, do qual ninguém ficará alheio. Esta observação significa dizer que o apelo aos valores de solidariedade e responsabilidade dos indivíduos deverão ser incrementados e será desejável o seu fortalecimento. No entanto, os avanços científicos e tecnológicos estabeleceram firmemente apenas a análise de seu contraste com os direitos humanos, revendo a incolumidade destes e fornecendo critérios para assegurar sua proteção ante possíveis resquícios de vulnerabilidade. No momento atual e, em relação às intervenções na genética humana, abre-se uma perspectiva diferente, relativa à construção e reconhecimento de deveres humanos, e como tais, exigíveis juridicamente. Em outras palavras, junto com a titularidade de direitos humanos diante do Estado e dos demais, teríamos outros “deveres humanos” para com os membros da comunidade derivados dessa solidariedade e “corresponsabilidade” coletiva; deveres, por conseguinte, não concebidos como o correlato dos diversos direitos humanos hoje reconhecidos nos textos jurídicos internacionais ou nacionais, mas sim de estrutura independente e autônoma em sua origem e projeção. Perspectiva que certamente não é nova (pense-se, por exemplo, nas legislações internas, que punem algumas formas de não prestação de auxílio, por desvalorar-se juridicamente como comportamento não solidário), mas o seria, caso se pretendesse situá-los

no mesmo nível conceitual e jurídico que os direitos humanos já consagrados. Implicaria tal enfoque uma via indireta de restrição não desejável dos direitos humanos? Ir-se-ia talvez longe demais? Devem permanecer como deveres morais cujo inegável valor obrigaria seu fomento pelas instâncias públicas ou privadas adequadas? Estas são perguntas que devem ficar abertas à reflexão.

3. A experimentação genética com embriões e fetos humanos e a necessidade, a respeito, de um estatuto jurídico

Os problemas éticos e jurídicos estabelecidos pela pesquisa e experimentação com embriões e fetos deverão ser confrontados com as perspectivas de sua eficácia para determinados tratamentos que contribuam a uma inegável diminuição da mortalidade e morbidade infantil, como sucedeu com as patologias vinculadas ao Rh e ao sistema respiratório, mas também para conhecer aspectos relativos à nutrição, endocrinologia e farmacologia fetais, diagnóstico pré-natal, melhora das técnicas do parto e do aborto, fertilidade humana etc.¹⁹ Não obstante, veio à tona a necessidade de um certo controle e refreamento deste tipo de práticas para evitar riscos e manipulações no feto vivo durante a gravidez, que pudessem desencadear malformações que se manifestariam uma vez ocorrido o nascimento, assim como perigos de provocar gravidezes e/ou abortos com o fim investigar no feto ou de utilizar seus tecidos, às vezes com o consentimento da mãe, em troca de um benefício econômico ou material. É muito importante também a valoração e tratamento jurídicos que devem ser dispensados às experimentações efetuadas em fetos humanos extraídos vivos por meios cirúrgicos, em casos de abortos legais provocados. Por último, os embriões obtidos *in vitro* constituem um bom material de investigação, de acesso relativamente fácil, segundo as necessidades que vão surgindo. Por outro lado, todos estes componentes biológicos humanos são suscetíveis de serem e são utilizados, em algumas ocasiões, para a elaboração de produtos farmacológicos ou cosméticos. Por este motivo, apresentam-se posturas divergentes diante do problema da investigação embrionária e fetal, onde juntamente com a promoção da liberdade de investigação e dos avanços científicos que redundarão em benefício das gerações futuras e mesmo atuais, a proteção do embrião e do feto deve ser preservada através de um estatuto jurídico.²⁰

19. V. Georg H. KIEFFER, *Bioética*, Ed. Alhambra, Madrid, 1983, pp. 193 e s.

20. Cf. sobre o estado atual da questão, MARTÍNEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, cit. pp. 69 e ss.

3.1. *Evolução das necessidades de proteção jurídica do conceito como consequência das inovações e descobertas científicas*

3.1.1. Os instrumentos tradicionais

Durante décadas, a proteção conferida ao conceito, pelas respectivas legislações dos ordenamentos jurídicos comparados, centrava-se na consideração de que os atentados dolosos a uma vida eram delito, isto é, puniam como tal o aborto doloso e, em alguns casos, também o culposo. Não havia outros mecanismos jurídicos de proteção ao *nasciturus*, além das expectativas reconhecidas no âmbito do Direito Privado. Não obstante, estas previsões jurídicas pareciam ser suficientes pois não cabiam, em geral outras formas de agressão que não concluíssem com a morte – ou sua tentativa – querida ou assumida da morte do conceito. Com o passar dos anos este instrumental jurídico foi cedendo terreno à introdução de disposições reguladoras, em termos de diferente amplitude segundo os países, da despenalização do aborto voluntário, sem prejuízo da manutenção inamovível do critério geral de proteção ao *nasciturus*, nos termos mencionados.

Por sua vez, os textos jurídicos internacionais relativos aos direitos humanos prestaram uma menor atenção na proteção jurídica do conceito,²¹ talvez por ser uma questão menos importante a partir da perspectiva do marco das preocupações mais habituais dos organismos internacionais em relação a tais direitos.²² Por outro lado, havia duas dificuldades que provocaram a ausência de referência explícita ao conceito: em primeiro lugar, formulou-se, como é lógico, o reconhecimento e proteção dos direitos humanos, em termos de direitos subjetivos, por conseguinte, necessitados de serem atribuídos a um titular de tais direitos, e apresentava a este respeito uma considerável complexidade projetá-los ao *nasciturus*, tanto numa perspectiva tecno-

21. V. referências em Jân DRGONEC, *The status of the Foetus*, em "Medicine and Law", vol. 13, 1994, pp. 217 e ss. Carlos Maria ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pp. 49 e ss.

22. Não obstante, contamos com alguma referência explícita. Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estipulada pela Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito será protegido por lei e, em geral, a partir do momento da concepção (art. 4.1). Também a Declaração Internacional dos Direitos da Criança das Nações Unidas (Preâmbulo e princípio 4.º); mas não ocorre o mesmo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, também das Nações Unidas (embora seu Preâmbulo reproduza, nesta questão, o parágrafo do Preâmbulo da Declaração).

jurídica e conceitual, como ideológica. Em segundo lugar, a necessidade de reduzir a conflitividade na elaboração dos diferentes textos jurídicos internacionais sobre direitos humanos, de concitar sua aceitação e sua vinculação formal, por parte dos Estados, o que teria sido mais trabalhoso do que fazer referências que pudessem condicionar, de algum modo, as posições sobre o aborto voluntário, provocou a carência de referências explícitas ao *nasciturus*, não o abordando de forma consciente e deixando em aberto a questão, ao critério das legislações nacionais. Com isso, não fica obviamente encerrada por completo a possibilidade de que por via interpretativa alguns Convênios dêem cabida a determinadas formas de proteção do *nasciturus*, mas sem dúvida com caráter muito mais limitado ou que se faça, inclusive, de modo excepcional, alusão expressa à sua proteção,²³ dando lugar à posição oposta de obter critérios interpretativos restritivos à sua aplicação.

3.1.2. A insuficiência sobrevivida dos instrumentos jurídicos tradicionais

Há décadas que assistimos o desenrolar de fenômenos que ressaltam a insuficiência em geral dos mecanismos jurídicos de proteção da vida humana antes do nascimento, dado que esta se tornou mais vulnerável, ao ser suscetível de múltiplos procedimentos de interferência em sua origem e desenvolvimento, que podem afetar tanto sua vida, como sua integridade corporal ou sua própria identidade biológica. Com efeito, aqui vão alguns deles:

1.º Novas formas de agressão ou invasão no *nasciturus*, ou melhor conhecimento de certos mecanismos teratogênicos. Isto ocorre com algumas ações ou produtos que, a partir do exterior, podem afetar o conceito (radiações ionizantes, substâncias ingeridas pela mãe, saudáveis para ela, mas prejudiciais para o feto, ou danosas para ambos); com os riscos decorrentes da obtenção de amostras para a realização do diagnóstico pré-implantatório e pré-natal (em particular, se em relação a este são usadas técnicas invasoras, como ocorre em certa medida com a amniocentese); ou com a própria terapia embrionária e fetal, posto que são significativos na maior parte dos casos, dado seu caráter ainda experimental, os riscos da terapia e de seus possíveis efeitos colaterais desconhecidos.

2.º O melhor conhecimento dos diversos fenômenos que ocorrem ao longo do processo biológico do começo da vida humana, que permite tanto uma mais ajustada avaliação de tais acontecimentos,

23. Assim, pense-se na Convenção Americana sobre direitos humanos, art. 4.1, citada mais acima.

como a interferência neles mais precisa. Isto ocorre com o fornecimento, por parte dos cientistas, de uma informação mais profunda e exata sobre o processo de fecundação do óvulo pelo espermatozóide e, desta maneira, da concepção, assim como das diversas fases do desenvolvimento embrionário e fetal. Talvez seja mais atraente a abundante informação que se possui sobre os primeiros estágios do zigoto e do embrião até que culmina a anidação ou implantação deste no útero materno. Com efeito, são do máximo interesse para a compreensão desta fase tão importante do começo da vida humana os processos que conduzem à individualização (isto é, até que fique excluída a possibilidade do aparecimento natural de gametas monozigóticos a partir de um só zigoto e de quimeras pela fusão de dois óvulos fecundados no mesmo período), a sensível instabilidade do embrião (considerável número de abortos espontâneos neste período, muitos deles de embriões que apresentam graves anomalias cromossômicas ou congênitas), assim como a carência, por parte do zigoto, de toda a informação necessária para o processo embriogenético que determinará as características biológicas do futuro indivíduo.

3.º Possibilidades atuais de intervenção no processo biológico do começo da vida humana, sobretudo por meio das técnicas de reprodução assistida. Estas técnicas deram lugar a uma disponibilidade de embriões obtidos "in vitro", não somente para serem transferidos a uma mulher para a procriação, como também porque podem ser utilizados para outros fins ou ficarem disponíveis se não foi necessária a utilização de todos para conseguir a gravidez ou uma vez obtidos, não foi realizada sua transferência ao útero (p. ex., por falecimento da mulher ou por ter esta mudado de idéia diante de determinadas circunstâncias pessoais posteriormente ocorridas). Por outro lado, provocaram, em certas ocasiões, a chamada redução seletiva dos embriões, quando, em consequência de uma gravidez múltipla (por transferência de embriões em número excessivo ou por hiperestimulação ovárica mal controlada), o término desta corre perigo se não se eliminam vários dos embriões implantados.

4.º A possibilidade e importância do recurso ao embrião e ao feto ou de suas partes para fins que lhe são alheios. Com efeito, os cientistas reconhecem a magnitude que possui a investigação e experimentação com embriões para obter conhecimentos biológicos de grande valor para melhor compreender os mecanismos biológicos do começo da vida humana. Por outro lado, se destacaram também as possibilidades que oferecem as células embrionárias e fetais, assim como alguns tecidos destes para transplantes de pacientes já nascidos. E, finalmente, no marco da indústria farmacêutica e cosmética já está comprovada sua importância, além da de outros produtos acessórios da gestação (p. ex., a placenta, o cordão umbilical, etc.).

3.2. *Necessidade de um estatuto jurídico do embrião e do feto: fundamento*

3.2.1. Um novo enfoque necessário: a proteção integral do *nasciturus*

As considerações anteriores tiveram por objetivo chamar atenção para o fato de que os instrumentos jurídicos tradicionais de proteção do *nasciturus* são insuficientes ante os novos fenômenos científicos e de diversa caracterização que giram ao seu redor. Estes problemas foram detectados em vários setores do ordenamento jurídico, em primeiro lugar no cível, a respeito do qual se colocou em dúvida, inclusive, a validade das fórmulas legais tradicionais para determinar a personalidade humana.²⁴ Por isso, insistiu-se, nos últimos anos, na necessidade de uma mudança de perspectiva no momento de elaborar mecanismos de proteção para o *nasciturus*, e não só para este: também para o embrião *in vitro*, ambos, em qualquer etapa em que se encontre no seu processo de desenvolvimento. Este novo enfoque estabelece a exigência de que o *nasciturus* seja integralmente protegido, de modo que os instrumentos jurídicos deverão afrontar a questão de forma global e relacionada com o fim de evitar vazios e lacunas. E reflexões semelhantes – embora não idênticas – valem, como já assinalai, para o embrião *in vitro*. Em outras palavras, é preciso garantir ao *nasciturus* uma proteção jurídica maior, mas isso não significa que deva ser absoluta, sem admitir exceções, posto que estas são reconhecidas, inclusive, em relação aos nascidos. Este enfoque global e de maior proteção adota a resposta normativa que se denomina “estatuto jurídico do embrião e do feto”.²⁵ Por outro lado, nesta formulação protetora não deve interferir a questão da despenalização do aborto voluntário, posto que responde a premissas diversas, mesmo apresentando evidentes pontos de conexão;²⁶ do contrário, poderia turvar ou mesmo frear

24. V. a este respeito, Encarna ROCA TRIAS, *El Derecho perplejo: los misterios de los embriones*, em “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 1, 1994, p. 122. Jaime VIDAL MARTINEZ, *Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro*, em “Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo”, vol. 2), J.M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 2103.

25. V. Bartha M. KNOPPERS, *Le statut juridique du fœtus: du droit comparé au droit en devenir*, em “Cahiers de Bioéthique”, n. 2, Québec, 1980, p. 205 e ss. Também ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit. pp. 407 e ss.

26. Insiste nesta última perspectiva, VIDAL MARTINEZ, *Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro*, cit. p. 2100.

a marcha de uma normatização protetora, com a qual é previsível que estariam de acordo tanto os que sustentam posições pró-abortistas, quanto anti-abortistas, pois como vimos, os pontos de litígio são de diferente teor.

De qualquer maneira, os exemplos que nos oferece o direito comparado, apesar de ainda escassos, manifestam a necessidade desta mudança de perspectiva.²⁷ Com efeito, embora algumas leis têm inclusive por título uma referência à proteção do embrião, não conseguiram abordar a questão de maneira global, apresentando normação insuficiente ou, ao contrário, lançando mão de excessiva recorrência ao Direito penal, menosprezando assim o princípio de mínima intervenção que é tido, por este, como um de seus limites intransponíveis.²⁸

3.2.2. Fundamentos do esboço de um estatuto jurídico do *nasciturus*

Embora se possa sustentar a existência de um acordo mais ou menos generalizado sobre a necessidade deste estatuto jurídico do embrião e do feto, ainda não foi definido a respeito um critério comum mais ou menos compartilhado, o que se traduz em várias posições radicalmente opostas sobre a importantíssima questão de como fundamentar o referido estatuto. Vejamos algumas delas:

a) O "*nasciturus*", titular de direitos subjetivos

Tal posição origina-se da qualificação do *nasciturus* como pessoa. Esta percepção traz consigo, como se vê, a crucial questão de se saber

27. Devem ser reconhecidos, no entanto, os esforços realizados pelo Conselho da Europa para configurar um estatuto jurídico do embrião e do feto através de diversas recomendações entre as quais se destacam: *Recommendation 1046 (1986), on the use of human embryos and foetus for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes*, e a *Recommendation 1100 (1989), on the use of human embryos and foetus in scientific research*.

28. V. Erwin BERNAT, *Fortpflanzungsmedizin und Recht. Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Grossbritannien*, em "Medizinrecht", 1991, pp. 308 e ss., Erwin DEUTSCH, *Embryonenschutz in Deutschland*, em "Neue Juristische Wochenschrift", 1991, pp. 721 e ss., DRGONEC, *The Status of de Foetus*, cit. p. 219 e ss. Jean MICHAUD, *Las leyes francesas sobre bioética*, em *Revista de Derecho y Genomna Humano*, n. 3, 1995. ROMEO CASABONA, *El Derecho e la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 221 e ss. e 390 e ss. VIDAL MARTINEZ, *Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión concebido in vitro*, cit. pp. 2084 e ss.

a partir de quando se pode atribuir ao embrião (ou ao feto) tal qualidade, isto é, a de pessoa moral, e, a partir daí, sua transferência para o âmbito jurídico: a qualidade de pessoa é o suporte para ser titular de direitos subjetivos. É um debate filosófico de primeira grandeza, que perdura, como é sabido, no tempo, está muito condicionado ideologicamente e, por conseguinte, não isento de possíveis abordagens preconceituosas e, condenado, provavelmente, a não ser resolvido ou – sendo mais preciso – a sê-lo de acordo com os diferentes pontos de vista adotados como ponto de partida, o que significa desacordos nos resultados. É certo que esta linha discursiva, no âmbito jurídico, foi utilizada, sobretudo, para garantir uma proteção jurídica ao *nasciturus*, e se poderia acrescentar ainda para lograr, inclusive, sua superproteção jurídica. De qualquer maneira, a transferência, ao campo do Direito, desta fundamentação de proteção do *nasciturus*, isto é, sua consideração como pessoa²⁹ e, a partir daí, como titular de direitos subjetivos, não foi isenta de inconvenientes,³⁰ pois isso deu lugar a que se passasse também ao debate jurídico a complexa questão prévia já assinalada de que o *nasciturus* pode ser considerado pessoa, neste caso, para os efeitos dos objetivos do Direito, sem que tampouco tenham sido logrados critérios mais ou menos compartilhados a respeito, e sem esquecer que as categorias jurídicas não deixam ainda de ser criações que, partindo da realidade a que se pretendem referir e da qual não podem prescindir totalmente, são instrumentais para alcançar o cumprimento mais sofisticado das funções do Direito.³¹ Por conseguinte, foi este, de fato, um caminho sempre de difícil trânsito, emaranhado como está de pequenos preconceitos importados do âmbito filosófico e moral de discussão, sem ter obtido em troca resultados decisivos. Não é menos certo que a posição oposta – a recusa em considerar o *nasciturus* como pessoa – foi utilizada com frequência, embora nem sempre, como veremos mais adiante, como base argumentativa para defender soluções abortivas.

Este ceticismo foi corroborado por algumas experiências do direito comparado, que mostram que a atribuição da condição de pessoa também

29. Fazem eco desses propósitos doutrinários no âmbito jurídico, VIDAL MARTINEZ, *Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro*, cit. p. 2103, n 98 e sobre a perspectiva religiosa, com comentários críticos, MARTINEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, cit., pp. 72 e ss.

30. Emilssen GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 55 e ss. se mostra igualmente crítica em relação a estes posicionamentos.

31. Mostram-se contrários a esta tese personalista, DRGONEC, *The Status of the Foetus*, cit. p. 236. ROCA TRIAS, *El derecho perplejo: los misterios de los embriones*, cit., pp. 132 e ss.

ao *nasciturus* não traz, como consequência necessária, um maior nível de proteção jurídica. Tomemos, como exemplo, as importantes decisões do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã de 1975 e 1993,³² sobre as leis relativas à despenalização da interrupção da gravidez. Assim, podemos comprovar que se proclama em ambas as sentenças que o feto é titular do direito à vida e do respeito à dignidade humana, ambos reconhecidos como direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã; no entanto, tão importante declaração não impediu que o próprio alto Tribunal reconhecesse, como conforme à Constituição, o chamado sistema de indicações (sentença de 1975) ou que a chamada solução condicionada do prazo, ou sistema não condicionado das indicações ou com decisão última da mulher – não revisável judicialmente – (sentença de 1993) tenha encontrado acolhida no ordenamento jurídico alemão apesar da declaração formal de sua antijuridicidade por parte do próprio Tribunal Constitucional; e não se deve desprezar aqui o mimetismo argumentativo que pode provocar tão complexa construção jurídica em outras instâncias nacionais, com similar grau de competências. Ao contrário, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol de 1985³³ sobre um recurso de inconstitucionalidade semelhante ao alemão de 1975, não impediu, embora tenha repellido que a proclamação do art. 15 da Constituição espanhola de 1978 de que “todos têm direito à vida” alcance também, em sua titularidade, o *nasciturus*, que reconheça, a este, como bem jurídico constitucional protegido, através do mesmo art. 15, enquanto norma objetiva; chegou, em outras palavras, aos mesmos resultados que sua equivalente alemã sem ter para isso de partir da atribuição ao “nasciturus” da titularidade de nenhum direito subjetivo – fundamental – e como efeito – ou, se se prefere como pressuposto –, sua condição de pessoa para o Direito. Em resumo, podemos concluir que os mecanismos de proteção do *nasciturus* e sua maior ou menor cobertura não passa necessariamente pela qualificação jurídica do *nasciturus*.

b) A determinação do começo da vida: momento decisivo e irrenunciável para o início da proteção

Esta posição parte de uma base argumentativa tão simples, quanto incisiva: a vida – humana – deve ser protegida a partir do momento em que começa e, por isso, também pelo Direito (penal ou não penal), sem admitir, em geral, exceções a tal proteção desde então. Embora

32. Sentenças (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*) de 25 de fevereiro de 1975 e de 28 de maio de 1993, respectivamente.

33. Sentença 53/1985, de 11 de abril.

se deva reconhecer a exatidão do ponto de partida (o dado biológico) e sua relativa simplicidade (pois os conhecimentos biológicos sobre o começo da vida humana não deixam de apresentar ainda ponto obscuros ou imprecisos), não produziu, no entanto, os resultados satisfatórios que se poderiam esperar. Com efeito, tanto os moralistas como os juristas, que se moveram nessa linha argumentativa, incorreram com mais frequência do que se podia suspeitar em falácias de argumentação, de grosso calibre. Por um lado, recorreu-se, em algumas ocasiões, ao conhecimento biológico de forma parcial e manipuladora, adiantando ou atrasando o momento do começo da vida (ao momento da concepção, da anidação, da aparecimento da linha primitiva, da organogênese, da viabilidade extra-uterina) segundo se mantivesse uma posição mais ou menos favorável ou desfavorável sobre a proteção do *nasciturus*, tendo em mente a questão da despenalização do aborto voluntário.³⁴ Por outro lado, foi infrequente uma vinculação acrítica ao dado biológico, sem submetê-lo às considerações axiológicas próprias da Moral e do Direito. Tentou-se, finalmente, distinguir, no processo biológico da origem da vida humana, um momento do começo da vida e outro relativo ao começo da vida propriamente humana. No entanto, parece que não foi possível evitar a confusão ou mascaramento de processos valorativos com outros puramente biológicos: ambos têm cabimento na obtenção de critérios de proteção, mas não seria legítimo – seja dito em termos estritamente biológicos – solapar sua respectiva natureza e o papel que desempenham cada um deles.

c) A identificação da existência de um bem jurídico

Trata-se de um procedimento discursivo característico do Direito e, sobretudo do Direito Penal, embora não de forma exclusiva.³⁵ Parte, igualmente da posição anterior, dos conhecimentos biológicos obtidos sobre o começo da vida humana e da situação do embrião *in vitro*, ou dito de outra maneira, de um conhecimento o mais correto, exato e fiel possível do tema objeto da valoração jurídica. A partir daí, o Direito identifica um bem³⁶ ou valor digno de proteção jurídica, isto é, estabelece o merecimento de proteção e a possibilidade de proteção

34. Partindo desta posição, mantém delineamentos críticos na linha do texto, M. Dolores VILA-CORO BARRACHINA, *El comienzo de la vida humana*, em "Revista General de Derecho", n. 528, 1988, pp. 5795 e ss.

35. Coincidente com este delineamento metodológico, MARTINEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, cit., pp. e ss.

36. Este procedimento metódico é proposto e adotado também por ROCA TRIAS, *El Derecho perplejo: os misterios de los embriones*, cit. pp. 132 e ss. e 150.

pelo Direito. Tal identificação é realizada com a projeção de valorações sobre – neste caso – a realidade biológica e os distintos fenômenos biológicos como são no estado de conhecimento de cada momento. Não obstante, sem prescindir por completo deste conhecimento da realidade ontológica – do tema objeto de valoração – pode-se dela apartar mediante critérios normativos, extraídos da trama social. O resultado da valoração conduzirá necessariamente a decidir se esse bem será protegido pelo Direito e com qual intensidade, o que deve por sua vez corresponder a quais setores do ordenamento jurídico (Direito civil, administrativo, penal) a se confiar tal tarefa e frente a quais comportamentos que podem ser danosos a esse bem (agressões). É claro que este procedimento não elimina a discussão e as posições enfrentadas sem que se tenha ainda entrado no núcleo da questão, mas como método discursivo que pretende ser, contribui para perfilar melhor o procedimento correto e se reduzem dessa maneira as falácias argumentativas: os valores, despojados de mascaramentos espúrios, emergem assim num primeiro plano e, é a partir deles, que se torna possível o estabelecimento de uma discussão nítida, compatível com posições ideológicas divergentes, mas claras, assim como com a manifestação de outros interesses contrários à proteção da vida do embrião ou do feto segundo as circunstâncias. Nestes últimos casos, o critério da ponderação de interesses (p. ex. para resolver o conflito entre a vida do feto e diversos interesses relevantes da mulher grávida em relação com a despenalização do aborto) é outro procedimento de decisão da proteção do embrião e do feto, inclusive já por parte da lei.

3.2.3. Critérios de valoração das diferentes situações biológicas

Sem prejuízo de que possa surgir a confrontação de interesses contrapostos sobre a proteção da vida humana em seu começo, que é o primeiro critério geral – de acordo com o último critério da fundamentação recém exposto, o qual vimos que tem caráter metodológico e, por isso, ainda externo aos resultados a que deve chegar –, o passo seguinte consiste em precisar o merecimento de proteção e em seguida a possibilidade desta. Para isso, é necessário distinguir de novo diversas fases ou estágios no desenvolvimento da vida humana, assumindo que constitui uma realidade distinta a situação do embrião *in vitro* quando não tenha sido transferido a uma mulher e não se tenha produzido nesta a subsequente implantação daquele. Tal procedimento de diferenciação poderá parecer artificioso, pois a vida humana existe, desde que ocorra a concepção natural (momento do começo da vida humana ou, de uma forma de vida humana; não creio que sustentar-

se o mesmo quando se produz a união do espermatozóide com um óvulo *in vitro*, pois o zigoto resultante não tem capacidade por si mesmo de desenvolvimento até que seja transferido à mulher) um contínuo biológico em constante evolução e desenvolvimento. No entanto, como veremos a seguir, só são levados em consideração aqueles momentos ou estágios que são relevantes para determinar a capacidade de continuar e culminar esse mesmo processo de desenvolvimento vital, desatendendo a outros cortes deste que se baseiam em mudanças biológicas significativas, mas alheias à continuidade do processo.

Tomando, por conseguinte, como ponto de partida o dado relevante de que a vida humana – ou uma forma dela – se inicia com a concepção, pode-se reconhecer em primeiro lugar a especial importância (valoração) que tem a vida que possui a potencialidade por si mesma de dar lugar a um ser humano (dado biológico ou ontológico). Assim, podemos identificar como momento que merece a máxima proteção, o da viabilidade extra-uterina, a partir da qual o feto é capaz de continuar seu processo vital independentemente da mãe. Por outro lado, o momento da anidação ou implantação do embrião no endométrio materno representa também um ponto decisivo nas primeiras fases desde a culminação da concepção, pois aí já estão superados determinados fenômenos biológicos (fisiológicos, genéticos e hormonais) que denotam até então certa instabilidade do embrião.³⁷

No segundo nível valorativo pode-se situar o embrião viável, no sentido de estar em condições de continuar o processo de desenvolvimento biológico, seja de forma natural (o embrião *in utero* até a anidação), em primeiro lugar, seja com o concurso humano (o embrião *in vitro* não viável antes de ser transferido a uma mulher), em segundo lugar.

Num terceiro plano, deve-se situar o embrião não viável, isto é, incapaz de desenvolvimento por apresentar anomalias incompatíveis com a vida, por esta ordem decrescente: o embrião *in utero*, o embrião (ou feto) *ex utero* e o embrião (ou zigoto) *in vitro*.

Não são, finalmente, suscetíveis de projetar um valor digno de proteção jurídica o embrião e o feto mortos.

3.3 Consequências da valoração: os critérios de proteção do embrião e do feto

Uma vez estabelecidos os critérios de valoração, estamos em condições de determinar também os critérios jurídicos consequentes de prote-

37. V. mais extensamente, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 147 e ss.

ção, fixando as condutas que ficariam no âmbito do permitido ou do proibido, aceitando que a vida do concepto é um bem jurídico protegido e que – indiretamente – possui dignidade, embora não seja titular de direitos, os quais só são adquiridos a partir do nascimento.³⁸ A falta de personalidade no concepto não significa que possa ser entendido como um objeto, suscetível de apropriação, pois gozará dos mesmos privilégios concedidos a outras partes do corpo humano deste separadas.

3.3.1. A proteção do embrião *in vitro* ou *in utero* antes da anidação

Na realidade, e posto que a existência do embrião *in utero* nos primeiros momentos é desconhecida e, a ser conhecida, não seria provavelmente passível de intervenção, estas propostas referem-se, em particular, ao embrião *in vitro*.³⁹ De acordo com as distinções propostas mais acima, devemos atender à situação de viabilidade ou de inviabilidade. Sobre a questão de viabilidade, contamos com alguma referência legislativa.⁴⁰

Se o embrião é viável, serão permissíveis todas aquelas ações que redundem em benefício direto do futuro novo ser. Não obstante, introduz-se uma exceção a este princípio, que afeta a terapia gênica em linha germinal, pois se trata de uma questão vinculada com a reprodução e não com o tratamento de um ser humano já existente, embora fosse antes do nascimento (terapia fetal). Com efeito, tal terapia é dirigida aos gametas antes da fecundação ou ao zigoto cujas células são totipotentes, isto é, trata-se de procedimentos de engenharia genética que só poderão ser aplicados com o concurso das técnicas de reprodução assistida. Além disso, sabe-se que a repulsa à terapia

38. Coincidente em parte, ROCA TRIAS, *El Derecho perplejo: los misterios de los embriones*. cit. p. 136, pois a consideração do bem jurídico se estende, ao embrião, sem distinções. Como veremos mais adiante, propugna-se aqui uma posição mais matizada.

39. Considera compatível, com a Constituição Colombiana, a investigação sobre embriões *in vitro*, GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, cit. p. 75.

40. Assim, a Lei alemã sobre Proteção de Embriões, de 13 de dezembro de 1990, § 8: Definições. (1) Entender-se-á por embrião no sentido da presente Lei o óvulo humano fecundado, suscetível de desenvolvimento a partir da fusão dos núcleos, além de qualquer célula totipotente extraída de um embrião que, no caso da concorrência das condições necessárias, seja suscetível de desenvolver-se até converter-se num indivíduo. (2) Nas primeiras vinte e quatro horas depois da fusão dos núcleos, entender-se-á que o óvulo humano fecundado é suscetível de desenvolvimento a não ser que já antes do transcurso desse período se verifique que não poderá desenvolver-se além do estágio unicelular (...)."

gênica em linha germinal fundamenta-se na descoberta de seus efeitos e sua possível interferência na integridade genética da própria espécie humana e que foi, por este motivo, proibida por algumas legislações (ou solicitada uma moratória até o momento em que se possa conhecer melhor seus efeitos).

A outra faceta da proteção está na proibição de todos aqueles comportamentos que, incidindo sobre o embrião, possam condicionar o futuro ser humano em seu ser biológico e no desenvolvimento de sua personalidade. Por conseguinte, o bem jurídico protegido estaria constituído, de forma primária, pelos interesses desse futuro ser humano em particular: sua identidade e irrepetibilidade. Em segundo lugar, o bem jurídico seria a espécie humana: sua integridade e diversidade. Só secundariamente – em função dos anteriores bens jurídicos – bem jurídico seria o embrião, enquanto tal. Por meio do conjunto de condutas proibidas, formar-se-ia uma espécie de muro de contenção jurídico-penal com o fim de prevenir ou evitar as anteriores agressões e que possa nascer um ser humano que tenha sido manipulado (ao menos, sem fins terapêuticos) em algum momento a partir de sua concepção. Mais adiante, tornaremos concretos os mecanismos de proteção jurídico-penal e as propostas dos tipos penais que considero convenientes.⁴¹

A técnica legislativa, utilizada com relativa frequência, de confiar a comissões ou à autoridade a concessão de licenças para levar a cabo experimentações ou investigações não enumeradas previamente pela lei, confere certa flexibilidade e adaptabilidade a novos processos ou campos de investigação, mas gera ao mesmo tempo, uma grave insegurança jurídica nada desejável neste tema. Por conseguinte, a lei deveria mencionar quais são os experimentos suscetíveis de serem autorizados e quais aquelas comissões ou autoridades estejam autorizadas a conceder licenças específicas para projetos bem descritos e protocolados sob sua supervisão. No hipotético caso de que tivesse inclusive de ser revista a lei para sua atualização, em relação aos casos por ela já descritos, seria preferível assumir o custo que representa toda iniciativa legislativa, em atenção à importância destas intervenções.

Ficariam também, no âmbito do proibido, aquelas intervenções que importam uma coisificação do embrião *in vitro* viável: a experimentação sobre embriões (inclusive seu desenvolvimento ectópico por mais de certo tempo),⁴² sua comercialização ou a constituição de direitos de propriedade sobre os mesmos, ou seu destino para usos industriais (farmacológicos, cosméticos). É certo que se discute se devem ser

41. V. mais abaixo, Capítulo VII, 4.

42. MARTINEZ, *Manipulacion genética y Derecho Penal*, cit., p. 100 assinala que daria lugar a um indivíduo da espécie humana destinado a morrer.

configuradas como infrações administrativas ou penais (não esquecendo a este respeito o princípio de mínima intervenção do Direito Penal) ou, inclusive, se não deveria ser permitida em nenhum caso a utilização de embriões com fins de experimentação.⁴³

Por outro lado, fica de pé o tratamento jurídico da destruição do embrião antes da anidação, sobretudo no caso de encontrar-se no útero, posto que a tendência é descartar sua punição como delito de aborto.⁴⁴

Em relação aos embriões não viáveis, discute-se sobre a aceitação de sua utilização para investigação ou para fins industriais.

As posições adotadas a respeito deste tema são muito variadas, desde as que pedem sua proibição de modo absoluto até as que aceitam, com certas limitações, ou sem nenhuma. No primeiro sentido pronunciou-se a Congregação para a Doutrina da Fé, do Vaticano,⁴⁵ repelindo os métodos de observação ou de experimentação que causem danos ou impõem riscos graves e despropositados aos embriões obtidos *in vitro*: "todo ser humano deve ser respeitado por si mesmo e não pode ficar reduzido a um puro e simples valor instrumental em benefício de outros"; e declara que as manipulações no patrimônio cromossômico e genético não terapêuticas são contrárias à dignidade pessoal do ser humano, à sua integridade e à sua identidade: "cada pessoa merece respeito por si mesma: nisto consiste a dignidade e o direito do ser humano desde seu início".

O Conselho da Europa deu também a conhecer sua postura sobre esta questão em diversas ocasiões, embora de forma mais específica e pormenorizada numa Recomendação de 1986,⁴⁶ a qual convida os governos dos Estados-membros a limitar a utilização industrial de embriões e fetos humanos, assim como seus produtos e tecidos, para fins estritamente terapêuticos; a proibir a criação de embriões humanos por fecundação *in vitro* com fins de investigação, estejam estes vivos ou mortos; a proibir as manipulações ou desvios não desejáveis.⁴⁷

43. Alberto SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, em *Bioética* vol. 4, n. 1, 1996, p. 19 sustenta que deveria ao menos definir-se como objeto da proibição a criação de embriões com a única finalidade de investigação.

44. Neste sentido, o parágrafo 219 do Código Penal alemão.

45. Em sua Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação, de 22 de fevereiro de 1987.

46. Recomendação 1046 (1986), relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, industriais e comerciais, que se remete à anterior Recomendação 934 (1982) relativa à engenharia genética.

47. Entre elas, a Recomendação inclui a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros meios; a implantação de um embrião humano no útero de outra espécie ou a operação inversa; a fusão de um gameto humano com outro

Posteriormente, a Assembléia Parlamentar deste mesmo Organismo Internacional aprovou outra Recomendação em 1989,⁴⁸ que desenvolve a anterior de 1986, retomando que o embrião e o feto humanos devem ser tratados com o respeito à dignidade humana, e seus produtos e tecidos devem ser utilizados no quadro de estrito regramento com fins científicos, diagnósticos e terapêuticos limitados. Contem previsões e limitações sobre as ações em gametas, embriões pré-implantatórios vivos ou mortos, embriões implantados e fetos vivos *in utero*, embriões pós-implantatórios ou fetos fora do útero, embriões e fetos mortos, investigação científica aplicada ao homem no âmbito da saúde e da herança e, finalmente, doação de componentes do material embrionário humano. Maior importância jurídica tem sobre esta questão o Convênio sobre *Direitos Humanos e Biomedicina*, do Conselho da Europa, datado de 4 de abril de 1997, posto que faz alusão, de forma específica, à experimentação com embriões *in vitro*, embora não tenha podido assumir uma postura mais limitada a esse respeito, posto que só proíbe expressamente a criação de embriões humanos com fins de investigação, deixando ao direito interno a decisão sobre a permissão para neles investigar.⁴⁹

No Reino Unido, a Lei de Fertilização Humana e Embriologia, de 1 de novembro de 1990, não assume uma postura clara sobre alguns aspectos conflituosos da experimentação com embriões, pois estes não são resolvidos mediante uma proibição absoluta, mas sim submetidos à necessidade de uma autorização prévia, para cujo incumbência cria-se o Conselho de Fertilização Humana e Embriologia (arts. 5.º e ss.), no qual se integra o "Comitê de Autorizações" (art. 9.º). A utilização de embriões exige a prévia autorização do Comitê. De qualquer maneira, fica proibida a utilização de embriões a partir da aparecimento da linha primitiva (catorze dias depois da fertilização) (art. 3.3). No

de diferente espécie e a fusão de embriões ou de qualquer outra operação que possa dar lugar a uma quimera; a ectogênese, ou a produção de um ser humano individualizado ou autônomo fora do útero de uma mulher, isto é, em laboratório; a criação de crianças a partir de pessoas do mesmo sexo; a eleição do sexo por manipulação genética com fins não terapêuticos; a criação de gêmeos idênticos; a investigação em embriões humanos viáveis; a experimentação em embriões vivos, viáveis ou não; a manutenção de embriões *in vitro* além de catorze dias depois da fecundação (descontado o tempo de sua eventual congelamento).

48. Recomendação 1100 (1989) sobre a utilização de embriões e fetos humanos na investigação científica.

49. Com efeito, foi um dos temas mais debatidos pela Assembléia Parlamentar em sua sessão de fevereiro de 1995. O art. 18 diz a esse respeito: "Investigação sobre embriões *in vitro*. 1. Quando a lei nacional admitir a investigação sobre embriões *in vitro* deverá assegurar uma proteção adequada ao embrião. 2. Proíbe-se a criação de embriões humanos com o fim de investigação".

Anexo da Lei, indicam-se as hipóteses nas quais será permitida a concessão de autorizações para investigação, sendo freqüente a remissão à disposições regulamentares para a ampliação dos casos em que é possível a autorização (art. 3.1).

Na República Federal Alemã, a Lei de Proteção de Embriões, de 13 de dezembro de 1990 proibiu a experimentação com embriões "in vitro" viáveis, havendo introduzido para tal fim alguns delitos: a fecundação extracorporal de um óvulo com um fim diverso de sua implantação na mulher; desenvolver o embrião *in vitro* além do período equivalente à termino da anidação no útero materno (catorze dias); utilizar um embrião *in vitro* para experimentação ou um fim que seja diverso do de sua implantação, sem o consentimento da autoridade competente. Também proíbe, com cominação de pena, a formação de clones, de quimeras e de híbridos interespécies (arts. 3.º a 7.º).

Na França, foram adotadas prescrições muito restritivas, proibindo-se a concepção ou utilização de embriões com fins industriais, comerciais, de estudo, investigação ou experimentação; é admitida, excepcionalmente, a experimentação sobre embriões, sempre que tenha finalidade médica e não o prejudique.⁵⁰

Na Espanha, a Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida de 1988 estabelece limitações à investigação ou experimentação efetuadas em embriões *in vitro* ou pré-embriões (não transferidos ainda a uma mulher). Está proibida a fecundação de óvulos humanos com qualquer fim diverso da procriação humana (art. 3.º),⁵¹ o que significa que não podem ser concebidos pré-embriões *in vitro* para serem usados na investigação. No entanto, como é sabido, o problema firma-se em que embora sendo gerados com finalidade procriativa, se fecunda mais do que o estritamente necessário para lograr a gestação, com o fim de

50. De acordo com a Lei n. 94/654, de 29 de julho de 1994, relativa à *doação e utilização de elementos e produtos do corpo humano, às técnicas de reprodução assistida e ao diagnóstico pré-natal*, que introduz no Código de Saúde Pública os: art. L.152.7 ("Não poderá conceber-se, nem utilizar-se um embrião humano com fins comerciais ou industriais) e art. L.152.8 ("Proíbe-se a concepção *in vitro* de embriões humanos com fins de estudo, investigação ou experimentação. Proíbe-se toda experimentação sobre embriões. O homem e a mulher, que formam o casal, poderão excepcionalmente concordar que se realizem estudos sobre seus embriões. Sua decisão será expressa por escrito. Os referidos estudos deverão ter uma finalidade médica e não poderão prejudicar, de modo algum, o embrião. Os estudos somente poderão ser realizados após a concordância da comissão mencionada no art. L. 184.3 anterior conforme os requisitos definidos, mediante Decreto, editado pelo Conselho do Estado. Cada ano, a comissão tornará pública a relação de estabelecimentos onde se efetuarão os referidos estudos, assim como seu objeto").

51. O CP de 1995 elevou esta conduta à categoria de delito (art. 161.1).

assegurar o êxito da técnica, repetindo, se necessário for, a operação de transferência e implantação em sucessivas intervenções se houve fracasso nas primeiras tentativas. Por este motivo, os centros que praticam estas técnicas deveriam ser especialmente cuidadosos ao utilizá-las, e limitarem-se a fecundar os óvulos indispensáveis para cada transferência, sobre a qual a Lei estabelece uma genérica limitação de só transferir o número de pré-embriões considerado cientificamente, como o mais adequado, para assegurar razoavelmente a gravidez (art. 4.^o). Critério que, embora seja facilmente vulnerável sem que, em si mesmo, gere consequências imediatas, pois não se previu como infração, parece mais correto em seu espírito (apelando diretamente à consciência médica) do que obrigar à transferência de todos os pré-embriões com o fim de evitar os sobrantes, se aqueles foram obtidos em número excessivo, até porque este procedimento poderá provocar uma gravidez múltipla, que obrigará ao aborto provocado dos excedentes, com as implicações jurídico-penais correspondentes. Caso se intervenha no embrião com fins de investigação e experimentação, exigem-se, entre outras, as seguintes condições gerais: que se conte com o consentimento das pessoas de que procedem, inclusive, o doador; que não sejam desenvolvidos *in vitro* por mais de catorze dias depois da fecundação do óvulo, descontando o período de crioconservação, quando for o caso; que a investigação seja realizada em centros qualificados e autorizados (art. 15.1). Se são pré-embriões *in vitro* viáveis é necessário que se trate de uma investigação aplicada de caráter diagnóstico e com fins terapêuticos ou preventivos, e que não modifique o patrimônio genético não patológico (art. 15.2). Se não são viáveis, a intervenção pode ser estendida a outro tipo de investigação, sempre que não possa ser realizada no modelo animal,⁵² sendo um projeto submetido a controle e respeitando os prazos autorizados (art. 15.3). Resta, finalmente, o caso dos pré-embriões abortados, que são considerados mortos ou não viáveis e podem ser destinados à investigação ou experimentação; no primeiros caso (mortos), poderão ser utilizados com fins científicos, diagnósticos ou terapêuticos, e na segunda (não viáveis), com fins farmacêuticos, diagnósticos ou terapêuticos previamente conhecidos e autorizados (art. 17). São também autorizadas de modo expresse certas ações, ao mesmo tempo em que se proíbem outras

52. Juan R. LACADENA, *Una lectura genética de la Ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"* em "Reproducción Asistida. 12.^o Curso de Verano, San Roque", Serv. Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1992, pp. 10 e s. considera que muito fenômenos genético-biológicos realizados em laboratório sobre organismos próximos na escala evolutiva ao ser humano são a este extra-polares, o que conduz à conclusão de que serão sempre realizáveis as investigações no modelo animal.

qualificadas como indesejáveis, incluindo uma minuciosa relação de hipóteses em ambos os grupos (art. 16).⁵³

3.3.2. A proteção do embrião pós-implantatário e do feto *in utero* ou *ex utero*

Em geral, há coincidência, por parte dos estudiosos, na repulsa às investigações ou experimentações em embriões e fetos humanos

53. Por seu interesse, transcrevo, em seguida, o art. 16: "1. Nas condições previstas nos arts. 14 e 15 da Lei se autoriza: a) O aperfeiçoamento das técnicas de Reprodução Assistida e as manifestações complementares, de crioconservação e descongelamento de embriões de melhor conhecimento dos critérios de viabilidade dos pre-embriões obtidos *in vitro* e a cronologia ótima para sua transferência ao útero. b) A investigação básica sobre a origem da vida humana, em suas fases iniciais, sobre o envelhecimento celular, assim como sobre a divisão celular, a meiose e a mitose e a citocinese. c) As investigações sobre os processos de diferenciação, organização celular e desenvolvimento do pré-embrião. d) As investigações sobre a infertilidade e fertilidade masculina e feminina, os mecanismos da ovulação, os fracassos do desenvolvimento dos oócitos ou da implantação dos óvulos fecundados no útero, assim como sobre as anomalias dos gametas e dos óvulos fecundados). As investigações sobre a estrutura dos genes e os cromossomos, sobre localização, identificação e funcionalismo, assim como os processos de diferenciação sexual no ser humano, f) As investigações sobre a contracepção ou anti-concepção, como as relacionadas com a criação de anti-corpos modificadores da zona pelúcida do óvulo, a contracepção de origem imunológica, a contracepção masculina ou a originada de implantes hormonais de ação contínua e duradoura. g) As investigações sobre os fenômenos de histocompatibilidade ou imunitários e os de rechaço entre o esperma e/ou os óvulos fecundados e o meio vaginal, o colo ou a mucosa uterina, h) As investigações da ação hormonal sobre os processos de gametogênese e sobre o desenvolvimento embriológico. i) As investigações sobre a origem do câncer, e em especial, sobre a corioepitelioma; j) As investigações sobre a origem de enfermidades genéticas ou hereditárias, tais como a cromossopatias, as metabopatias, as doenças infecciosas ou as induzidas por agentes externos (mutágenos, teratógenos, físicos, químicos ou outros) em especial, as de maior gravidade. k) Qualquer outra investigação que se considere conveniente autorizar por norma ou por falta desta pelo Conselho Nacional multidisciplinar. 2. Proíbe-se a experimentação em pré-embriões vivos, obtidos *in vitro*, viáveis ou não, enquanto não se prove cientificamente que o modelo animal não é adequado para os mesmos fins. Se em determinados protocolos experimentais se demonstra que o modelo animal não é válido, poderá ser autorizada a experimentação em pré-embriões humanos não viáveis pelas autoridades competentes ou pela Comissão Nacional multidisciplinar, se assim se incumbem. 3. Qualquer projeto de experimentação em pré-embriões não viáveis *in vitro* deverá estar devidamente documentado sobre o material embriológico a ser utilizado, sua procedência, prazos em que se realizará e objetivos perseguidos. Uma vez terminado o projeto autorizado, deverá-se enviar o resultado da experimentação à instância que concedeu tal autorização. 4. Se proibida a experimentação em pré-embriões no útero e nas trompas de Falópio.

vivos que prosseguem seu desenvolvimento vital normal no útero materno, partindo do princípio de que qualquer intervenção sobre eles, a partir do exterior, só se justificará se dirigida, em seu próprio benefício; o mesmo critério costuma ser sustentado quando o feto foi expulso do ventre da mãe, mas é viável. Por conseguinte, somente se deve ter acesso a eles para aplicação de medidas diagnósticas e terapêuticas, entendendo exclusivamente por tais as que representam uma tentativa de melhora da saúde do próprio feto e não de outra pessoa. A licitude das provas diagnósticas encontra seu fundamento, em sua necessidade prévia, para poder realizar uma adequada terapia fetal (sem prejuízo de sua vinculação com um aborto voluntário, de acordo com o que prescrevam a respeito as legislações internas). Tanto no diagnóstico, quanto na terapia, será observado de forma escrupulosa o princípio de proporcionalidade entre fim beneficente esperado e riscos previsíveis, principalmente se estes podem alcançar a mulher grávida.

Estes princípios, se mantiverem sua validade, deixam poucas possibilidades de qualquer forma de investigação. Porém, as investigações genéticas médicas podem ser compatíveis em alguma medida quando são aproveitados os materiais biológicos “sobrantes”, extraídos para a realização das provas diagnósticas no feto, como consequência da terapia sobre ele realizada. Na minha opinião, podem oferecer valiosa informação para esta classe de investigações genéticas. Neste caso bastaria o consentimento da mãe – e do pai? –, e se discutiria de novo a oportunidade, nestes casos, de prescindir dele.

Como questões de direitos humanos implicadas com as anteriores considerações, surgiriam em primeiro lugar a proteção da vida e da saúde e integridade do conceito (que, com o procedimento assinalado seriam apenas afetadas) como bens ou valores dignos de tutela jurídica, embora se chegasse à conclusão de que o conceito não é titular de direitos subjetivos (por conseguinte, de direitos humanos) por não ser ainda pessoa do ponto de vista jurídico (não moral). A este respeito, parece também que a vontade do Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina, de 1997, se move na direção do reconhecimento de alguma forma de proteção do conceito; ao menos ao utilizar com frequência a expressão “ser humano”, em lugar de, ou junto a de “pessoa”,⁵⁴ não fecha por completo a possibilidade de acolher a

54. Por exemplo, os arts. 1.º e 2.º: art. 1.º “(Purpose and object). Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of *all human beings* and guarantee every one, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine”. Art. 2.º “(Primacy of the human being). The interests and welfare of the *human being* shall prevail over the sole interest of society or science”. O art.

proteção daquele. A segunda questão volta a ser se não se deve prescindir do consentimento da mãe – e, quando for o caso, do pai – por estar outra vez implicado o direito à proteção da vida privada em relação à informação que poderia ser dela obtida a partir desses materiais biológicos.

Em consequência, e seguindo o mesmo critério constante das epígrafes anteriores, se o embrião ou o feto são viáveis, deve ser permitido tudo aquilo que redunde, em seu próprio benefício, por conseguinte, o diagnóstico pré-natal (incluído o antecedente a um aborto embriopático ou eugênico, se está permitido por lei) e a terapia fetal com o fim de prevenir ou tratar doenças. Ao contrário, entrariam no âmbito do penalmente proibido: os atentados à sua vida: delitos de abortos dolosos, incluído, os de embriões extranumerários decorrentes de uma gravidez múltipla, de ser este evitável, e sem prejuízo do que disponha a lei sobre a despenalização do aborto voluntário; os abortos produzidos, também, por grave imprudência de terceiro; as lesões do feto, dolosas e culposas com grave imprudência de terceiro;⁵⁵ qualquer forma de manipulação ou experimentação genética não terapêutica.

Não sendo viáveis ou tratando-se de um caso previsto como aborto voluntário permitido pela lei, descarta-se qualquer intervenção *in utero* que não seja no interesse da saúde da grávida, incluída a modificação do procedimento do aborto voluntário (p. ex., para realizar alguma investigação). Encontrando-se *ex utero*, discute-se se deve ser permitido algum tipo de intervenção.

Finalmente, em se tratando de embriões ou fetos mortos, não parece necessário estabelecer nenhum tipo de limitação especial, salvo a sua não comercialização.

Apesar de serem poucas as experiências de Direito comparado sobre este tema, contamos já com alguns exemplos.

O primeiro país que teve a necessidade de estabelecer uma orientação ético-jurídica da investigação fetal foram os Estados Unidos,⁵⁶ particularmente, a partir da sentença do STF, de 22 de janeiro de 1973, que abriu caminho a uma grande liberalização em matéria de aborto, e com isso, à disponibilidade de um abundante material

15, sobre a investigação científica, utiliza também esta expressão. As expressões grifadas foram acrescidas.

55. O Código Penal espanhol de 1995 prevê como delitos as lesões ao feto, dolosas ou culposas, por imprudência grave causadas por terceiro (arts. 157 e 158).

56. V. Charles H. BARON, *Legislative Regulation of Fetal experimentation: On Negotiating Compromise in Situations of Ethical Pluralism*, em "Genetics and the Law" (A. Milunsky/G.J. Annas, eds.) Plenum Press, New York, 1985, pp. 431 e ss.

potencial para investigação fetal. Por influência desta nova situação, a Lei Federal sobre Investigação Nacional (*National Research Act*), de 12 de julho de 1974, estabeleceu, em relação ao tema que agora nos ocupa, uma moratória em torno da investigação fetal até que não se delimitassem os seus princípios básicos reitores, salvo se fosse dirigido ao bem ao bem-estar do próprio feto. Esta lei proporcionou também a criação de uma "Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos na investigação biomédica", que foi integrada por onze membros de diversas áreas do saber, incluindo, a Ética e o Direito. Tal Comissão emitiu dez recomendações em relação à investigação fetal (em 1 de maio de 1975), dirigidas por imperativo legal, ao Secretário do Departamento de Sanidade, Educação e Bem-Estar Social.⁵⁷ A Comissão adotou um ponto de equilíbrio que favorecia a investigação fetal, ao mesmo tempo que impedia os abusos. De acordo com suas conclusões, exige-se que seus objetivos primordiais sejam a obtenção de informação sobre o curso natural do desenvolvimento do período fetal, e sobre as enfermidades e as condições que são específicas desta etapa da vida humana. Para evitar discriminações entre os fetos destinados a seguirem o seu curso normal (tornarem-se pessoas) e os destinados ao aborto, estabeleceu-se um princípio que foi retomado posteriormente em temas semelhantes; trata-se do princípio da igualdade, segundo o qual se exige o tratamento igual para os casos iguais, todos os fetos merecem o mesmo respeito, e se concretiza numa igual proteção contra os riscos.⁵⁸ No entanto, suas conclusões iniciais não serviram, a princípio, para estimular a investigação neste campo, algo inibida ante as pressões de certos setores sociais contrários a ela nestas condições. Posteriormente, diversos Estados federais promulgaram, naquele país, leis tendentes a regular e limitar a investigação fetal.⁵⁹ No entanto, no decorrer dos anos de 1994 e 1995, realizou-se a revisão daqueles princípios, com o fim de suavizar as restrições existentes sobre a utilização de fetos para experimentação.

No que se refere à legislação espanhola, a Lei 42/1988 ocupa-se da doação de embriões ou fetos humanos ou de suas estruturas biológicas. Cabe aos progenitores sempre que tenham consentido previamente e

57. V. também o conteúdo das mesmas, em KIEFFER, *Bioética*, cit., pp. 199 e ss.

58. V. Karen LEBACQZ, *Profile et analyse critique des recommandations de la Commission nationale*, em "Cahiers de Bioéthique", n. 4, Québec, 1982, pp. 281 e s.; BARON, *Legislative Regulation of Fetal Experimentation*, cit, pp. 433 e ss.

59. V. em Christian BYK, *Éthique et Droit en Amérique du Nord face au développement des Sciences Biologiques et Médicales*. Rapport de Mission, Paris, 1986, Annexes, pp. 10 e ss.

recebido a informação estabelecida; se são menores não emancipados ou incapazes, o consentimento será outorgado por seus representantes legais; em caso de falecimento, é suficiente a não constância de sua oposição expressa e, além disso, se a morte foi por acidente, o Juiz deverá autorizá-la. Proíbe-se o lucro (pela doação) e o tráfico mercantil (para posterior utilização). Deverá tratar-se necessariamente de embriões ou de fetos clinicamente não viáveis ou mortos (art. 2.º). Estabelecem-se limitações e proibições específicas para a ação realizada sobre fetos vivos e mortos. Quanto aos primeiros, enquanto se encontrem no útero somente são permitidas ações de caráter diagnóstico ou terapêutico para o embrião ou o feto e ou se são dirigidas a um dos abortos previstos por Lei; fora do útero somente poderá ser utilizado, se não for viável. Se for, poderá ser manipulado clinicamente com a finalidade única de favorecer seu desenvolvimento e autonomia vital; os embriões ou fetos mortos, com prévia comprovação (da morte) pelas equipes médicas, poderão ser utilizados e doados com fins diagnósticos, terapêuticos, farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos, de experimentação ou investigação, incluída a tecnologia ou engenharia genética (arts. 5.º a 7.º, Lei 42/1988). Quanto ao transplante destes elementos biológicos humanos, alude-se ao consentimento do receptor (art. 4.º, Lei 42/1988), em termos muito semelhantes aos estabelecidos na Lei de extração e transplante de órgãos de 27 de outubro de 1979.

Bibliografia

Em espanhol:

ESER, Albin: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán", en *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989. LACADENA, Juan R.: "Una lectura genética de Ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", en *Reproducción Asistida*, 12.º Curso de Verano, San Roque, Serv. Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1992. MARTINEZ VAL, José M.: "La libertad de investigación en genética humana y sus límites" *Revista General de Derecho*, 1988. ROCA TRIAS, Encarna: "El Derecho perplejo: los misterios de los embriones", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 1, 1994. ROMEO CASABONA, Carlos M.: "La utilización de embriones y fetos humanos com fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos", en *Eguzkilore*, n. 5, 1992. ROMEO CASABONA, Carlos M.: "Questions de Droits de l'Homme dans la recherche en génétique médicale", en *Conseil de l'Europe (ed.)*. Ethique et génétique humaine. Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994. ROMEO CASABONA, Carlos M.: "Límites penales de las manipulaciones genéticas", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Fundación BBV (ed.), Madrid, 1995. RUIZ VADILLO, Enrique: "La investigación genética y el Derecho penal", *Revista general de Derecho*, núm 528, 1988. VALLE MUÑIZ, José M./GONZALEZ GONZALEZ, Marisé: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Poder Judicial*, n. 26, 1992. VIDAL MARTINEZ, Jaime: "Algunos datos y observaciones para contribuir a la consideración jurídica del embrión humano concebido in vitro", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, J.M. Bosch, Barcelona, 1993. VILA-CORO BARRACHINA, M. Dolores: "El comienzo de la vida humana", en *Revista General de Derecho*, n. 528, 1988.

Em outros idiomas:

Association Internationale de Droit Pénal, *Droit Pénal et techniques biomédicales modernes (Resolutions)*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", v. 59, 1988. BARON, Charles H.: "Legislative Regulation of Fetal Experimentation: On Negotiating Compromise in Situations of Ethical Pluralism", en *Genetics and the Law*, III (A. Milunsky/G. J. Annas, eds.), Plenum Press, New York, 1985. BERNAT, Erwin: "Fortpflanzungsmedizin und Recht. Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich. Deutschland und Großbritannien", en *Medizinrecht*, 1991. The Danish Council of Ethics: *Ethics and Mapping of the Human Genome*, Copenhagen, 1993. DEUTSCH, Erwin: "Embryonenschutz in Deutschland", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991. DRGONEC, Jàn: The Status of the Foetus, en "Medicine and Law", vol. 13, 1994. GAZE, Beth: "Public Policy and Law: Possibilities and limitation". *Embryo Experimentation. Ethical. Legal and Social Issues* (Peter Singer et al., eds.). Cambridge University Press, 1990. Gene Therapy Advisory Committee (GTAC): *Guidance on Making Proposals to Conduct Gene Therapy Research on Human Subjects*. Department of Health, London, 1995. IRVING, Dianne N.: "New Age Embriology TextBooks: Implications for Fetal Research", *The Linacre Quarterly*, vol. 61, n. 2, 1994. JONES, D. Gareth/TELFER, Barbara: "Before I was na embryo,

I was a preembryo: Or was I?", *Bioethics*, vol. 9, number one, 1995. Groupe de Discussion sur la Recherche sur les Embryons: *Recherche sur l'embryon humain au Canada, Rapport Final*, 1995. JUENGST, E. T.: "Human Genome Research and the responsible use of new genetic knowledge", en *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, 1991. KNOPPERS, Bartha M.: "Le statut juridique du fœtus: du droit comparé au droit en devenir", en *Cahiers de Bioéthique*, n. 2, Québec, 1980. KONIG, J.: "Gentechnik zwischen Recht und Forschung". *Pharmazeutische Zeitung*, 13/ 1995. MACKLIN, Ruth: "Mapping the Human Genome: Problems of Privacy and Free Choice", en *Genetics and the Law, III* (A. Milunsky and G. J. Annas, eds.), Plenum Press, New York, 1985. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research: *Screening and Counseling for Genetic Conditions*, U.S. Government Printing Office, Washington, DC., 1983. ROBERTSON, John A.: "The Question of Human Cloning", *Hastings Center Report*, vol. 24, n. 2, 1994. TURNER, G.: "Grenzen der Forschungsfreiheit", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 19, 1986. U.S. Congress. Office of Technology Assessment (OTA), *Biomedical Ethics in U.S. Public Policy*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1993.

BIOTECNOLOGIA GENÉTICA: LIMITES E PROTEÇÃO JURÍDICA

Nos capítulos anteriores tivemos oportunidade de comprovar a importância das investigações sobre o genoma humano para o diagnóstico, tratamento e prevenção de enfermidades vinculados aos genes. A biotecnologia genética constitui um poderoso instrumento para contribuir com as anteriores formas de luta contra a enfermidade, assim como para com outras de origem microbiana (vírus, bactérias, fungos, parasitas, etc.) ou para sanar desequilíbrios do funcionamento bioquímico do organismo. Diversos medicamentos, hormônios, enzimas e vacinas foram obtidos a partir de microorganismos naturais ou obtidos por engenharia genética. Por outro lado, desde tempos remotos, o ser humano vem tentando modificar de algum modo as espécies vivas com o fim de utilizar seus efeitos em seu próprio proveito, sobretudo, na agricultura e na pecuária e, em épocas mais recentes, na indústria.¹ No entanto, a elaboração destes produtos, assim como a investigação que a sustenta, devem ser compatíveis com a adoção de precaução e medidas de segurança no manuseio da matéria viva, mais ainda quando esta foi objeto de modificações genéticas, cujas interferências em outros seres vivos, incluindo o ser humano, são de prognóstico imprevisível. Por sua vez, o Direito vê-se comprometido na proteção jurídica das conquistas das investigações e, em especial, dos novos produtos que, ao versar sobre a matéria viva, oferece perfis novos de difícil assimilação pelos instrumentos jurídicos tradicionais, principalmente quando mesclam formulações de natureza ética com interesses econômicos que, devem ser, em princípio considerados legítimos.

1. Steve PRENTIS, *Biotecnología. Una nueva revolución industrial*, Salvat, Barcelona, 1996, pàssim.

1. Segurança e eficácia em Biotecnologia: a utilização de microorganismos modificados geneticamente

Frente aos anteriores procedimentos a genética oferece hoje maiores possibilidades e técnicas muito mais precisas e eficazes; em particular, abre para diversos campos da indústria novas realidades e, sobretudo, perspectivas promissoras, (mais especificamente para a Biotecnologia). A capacidade de interferir na matéria viva é, por conseguinte, muito maior, mas também são imprevisíveis seus efeitos e, freqüentemente, incontroláveis. As inquietudes sobre este particular projetam-se sobre o risco de alterar a biodiversidade e o equilíbrio dos ecossistemas,² de modificar a evolução natural das espécies e de colocar em perigo com isso a integridade e a sobrevivência de alguns seres vivos, incluindo o ser humano, sem menosprezar o fato de que até agora a tecnologia do ácido desoxirribonucléico recombinante (ADNr) evidenciou sua segurança frente a outras tecnologias mais conhecidas,³ devido em grande parte à prudência com que vem sendo utilizada.

Neste sentido a preocupação centrou-se na manipulação genética de microorganismos e na sua posterior utilização. A limitação e regulamentação destas atividades, que por outro lado são importantes para o desenvolvimento agrícola ou industrial de certos setores da produção, requereu um instrumental normativo específico, adaptado a certas características de tais processos produtivos. Com efeito, os riscos da disseminação não controlada destes organismos revelou que a biosegurança é um tema que ultrapassa as fronteiras dos Estados, o que implica a limitação da sua soberania.⁴ Por este motivo, também ficou evidente que seria estéril uma regulamentação normativa isolada se os demais Estados próximos não adotam medidas semelhantes e convertem-se em "paraísos genéticos", sobretudo, para as empresas multinacionais, cuja versatilidade e poder facilita sua instalação geográfica onde menos controles e medidas de prevenção sejam

2. V. a respeito Jean-Pierre BEURIER, *Le droit de la biodiversité*, in "Réveu juridique de l'Enviroment", ns. 1-2, 1996, pp. 5 e ss.; e o *Convenio sobre Biodiversidad Biológica*, das Nações Unidas, aprovado no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992.

3. V. mais amplamente, Eladio MONTROYA, *Biotecnología*, em Fundación BBV (ed.), "Proyecto Genoma Humano: Ética", Bilbao, 1991, pp. 359 e ss; Emilio MUÑOZ, *Biotecnología, medio ambiente y sociedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1993.

4. V. Danial BORRILLO, *Análisis de la regulación comunitaria y española sobre la utilización, liberalización internacional y comercialización de organismo modificados geneticamente*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1994, p. 6.

adotados, sendo assim, mais rentável sua produção; além disso, essa seria a única maneira de garantir a comercialização de produtos biotecnológicos em igualdade de condições para os diferentes países.

Fruto dessa nova sensibilidade foram as iniciativas empreendidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, em 1986, tornou públicas algumas reflexões de segurança para a manipulação do ADNr, segundo as quais a avaliação e gestão dos riscos associados à obtenção e manejo dos organismos modificados geneticamente mediante aquelas técnicas é realizável de modo semelhante às introduzidas a respeito de outros organismos mais conhecidos.

Por sua vez, a Comunidade Européia, no quarto Programa de Ação em matéria de Meio Ambiente (1987 – 1992), concluiu que a ação comunitária sobre as novas biotecnologias deveria centrar-se em uma utilização que obedeça a critérios de segurança máxima, no sentido prevenir a contaminação do meio ambiente, mediante a avaliação dos possíveis riscos e a elaboração de uma regulamentação para respaldar e garantir duas atividades de maior risco: a utilização confinada de microorganismo (omg) e a disseminação voluntária de microorganismos.⁵ Como conclusão deste processo, o Conselho aprovou duas Diretivas em 23 de abril de 1990: 90/219/CCE, sobre a utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente e 90/220/CCE, sobre liberação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente, que já mereceram atualizações,⁶ tendo a maioria dos Estados membros da União procedido sua transposição em seus direitos internos,⁷ sem desprezar o fato de que fora do âmbito

5. A comunidade Européia aprovou, mesmo assim, os Programas de Biotecnologia BAP e BRIDGE nos que se fomenta a investigação sobre ditos aspectos.

6. Pela Diretiva da Comissão 94/15/CE, de 15 de abril de 1994, *através da qual a Diretiva 90/220/CEE (do Conselho sobre liberação intencional de organismos modificados geneticamente) adapta-se ao progresso técnico pela primeira vez* e pela Diretiva da Comissão 94/51/CE, de 7 de novembro de 1994, *através da qual a Diretiva 90/219/CEE adapta-se ao progresso técnico relativo à utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente*.

7. Assim, R. F. Alemã, (*Gentechnikgesetz-Gen TG*, 20 de julho de 1990), Áustria (*Gentechnikgesetz*, de 12 de junho de 1994), Bélgica (*Ley* de 20 de julho de 1991), Dinamarca (*Ley sobre Environment and Gene Technology*, de 6 de junho de 1991), Espanha (*Ley* 15/1994 de 3 de junho de 1994), pela qual estabelece o regime jurídico da utilização confinada, liberação voluntária e comercialização de organismos modificados geneticamente para prevenir os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente, França (*Ley* n. 92-654, de 13 de julho de 1992 e Decretos 93-235, 93-773, 93-774, 94-46, 94-527), Holanda (*Genetically modified Organisms Decree pursuant to the Chemical Substances Act-GMOD* de 25 de janeiro de 1990, Decreto de 3 de julho de 1992), Itália (*Decreto Legislativo* n. 92 de 3 de março de 1993), Irlanda (*Genetically Modified Organisms in*

européu contamos também com iniciativas semelhantes.⁸ Indubitavelmente constituem a primeira iniciativa normatizadora supranacional relevante sobre atividades que apresentam alto risco para o meio ambiente e para a saúde dos seres humanos, o que, infelizmente, não foi feito no momento apropriado com a energia nuclear.

Por isso mesmo, é inovadora a perspectiva normativa adotada,⁹ pois representa uma mudança de enfoque em vários aspectos: passa-se da centralização na regulamentação de um *produto* perigoso e sua utilização proposta (perspectiva vertical, assumida pelos EEUU) a uma técnica ou atividade específicas perigosas (cobertura horizontal);¹⁰ do enfoque do risco considerado "ex post" ao risco "ex ante", isto é, intervém-se sobre um método ou *processo* antes de manifestar-se sua periculosidade, presumindo-se esta até que seja demonstrada sua inocuidade, relegando a idéia anterior dominante segundo a qual se assume a livre produção e comércio enquanto não se evidencie o risco.¹¹ Estas elaborações refletem-se normativamente não só na regulamentação da atividade em si mesma mas também na imposição de um conjunto de autorizações e outros requisitos prévios.

Como exemplo desta normativa européia pode servir-nos a lei espanhola sobre o tema. De acordo com sua Exposição de Motivos, tem um claro fim protetor da saúde humana tanto desde o ponto de vista da saúde em si quanto da prevenção dos riscos relacionados a produtos farmacêuticos e outros que possam afetar os distintos bens que integram o meio ambiente. Também exerce o papel de normatizadora da inves-

Environment Protection Agency Act, de 23 de abril de 1992, sect. 111), Portugal (*Decreto-Ley* n. 126-93 de 20 de abril de 1993), Reino Unido (*Environment Protection Act 1990, Regulation 1992 on Genetically Modified Organism-Deliberate Release*), Suécia (*Ley* n. 900 de junho de 1990, relativa aos organismos geneticamente modificados. Ordem n. 901, da mesma data e matéria. Ordem n. 902, da mesma data sobre instruções ao Comitê de técnicas genéticas).

8. P. ex., Brasil. Lei n. 8974, de 5 de janeiro de 1995, na qual são estabelecidas normas para a utilização de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

9. BORRILLO, *Análisis de la regulación comunitaria y española sobre la utilización, liberalización intencional y comercialización de organismos modificados genéticamente*, cit., pp. 7 e s.

10. A afirmação de que os riscos de um organismo para outros seres vivos e para o meio ambiente estão relacionados às suas características específicas e é independente da forma de sua manipulação foi um argumento usado a favor do critério vertical. V. BRAUER e outros, *Biosafety in DNA Research and Production*, em "Biotechnology, vol. 12: Legal, Economic and Ethical Dimensions" (Dieter Brauer, ed.) VCH, Weinheim, 1995, p. 104.

11. V. sobre este debate, H.I. MILLER, *Concepts of Risk Assessment: The "Process versus Product" Controversy Put to the Rest* em "Biotechnology, vol. 12: Legal: Economic and Ethical Dimensions cit., pp. 39 e ss.

tigação científica e técnica e de seus instrumentos de execução.¹² Estabelece o regime jurídico da utilização confinada¹³ e da liberação voluntária¹⁴ com fins de investigação e desenvolvimento o qual qualquer outro distinto da comercialização, nos casos previstos na legislação sanitária, e de produtos farmacêuticos, assim com estabelece normas para as atividades de comercialização de produtos. Corresponde à Administração Geral do Estado ou das Comunidades Autônomas conceder as autorizações prévias oportunas no âmbito de suas respectivas competências. No entanto, no que diz respeito à comercialização de produtos a partir de organismos modificados geneticamente é necessário que nenhum Estado membro da União Européia tenha apresentado objeção no prazo estabelecido; em não se chegando a um acordo neste extremo, a Comissão das Comunidades Européias deverá dar sua aprovação prévia (art. 20). O mesmo procedimento de autorização, seguido por outros Estados membros, habilita para a comercialização do produto na Espanha (art. 21). Através de petição do titular da atividade, alguns aspectos do expediente podem ser tratados de forma confidencial (art. 23). São previstas, finalmente infrações e sanções administrativas, que podem conduzir ao fechamento definitivo, total ou parcial, das instalações (arts. 26 e 27).

2. A questão da proteção jurídica das descobertas genéticas

Nesta parte sobre a proteção jurídica das descobertas biotecnológicas, em particular das relacionadas ao genoma humano, ocupar-me-

12. Segundo o art. 1.º. 1: "Esta Lei tem como objetivo o estabelecimento do regime jurídico aplicável às atividades de utilização confinada, liberação voluntária de organismos modificados geneticamente e comercialização destes organismos ou de produtos que os contenham, com o fim de evitar os eventuais riscos ou reduzir os possíveis danos que destas atividades pudessem derivar-se para a saúde humana ou o meio ambiente". No § 2.º menciona as exclusões.

13. Atividade definida pela Lei nestes termos: Entende-se por utilização confinada qualquer atividade pela qual se modifique o material genético de um organismo ou pela qual este, assim modificado, seja cultivado,; armazenado, empregado, transportado, destruído ou eliminado, sempre que, na realização dessas atividades, se empreguem barreiras físicas ou uma combinação destas com barreiras químicas ou biológicas, com o fim de limitar seu contato com a população e o meio ambiente" (art. 4.1).

14. Art. 12.1: "Entende-se por liberação voluntária a introdução deliberada no meio ambiente de um organismo ou combinação de organismos geneticamente modificados sem que tenham sido adotadas medidas de contenção, tais como barreiras físicas ou uma combinação destas com barreira químicas ou biológicas, para limitar seu contato com a população e o meio ambiente". Exclui-se o transporte por qualquer meio (art. 12.2).

ei de um dos temas vinculados à investigação no genoma humano mais visivelmente viva e aberta. Neste momento não parece ser possível (ainda) obter respostas ou conclusões definitivas, pois é mais importante encontrar algum critério comum internacional que soluções nacionais isoladas.

Com efeito, deve-se assumir que um dos aspectos sobre os que o genoma humano gerou maior debate é o relativo à proteção jurídica dos resultados da investigação. Este foi um dos temas que mais discussão suscitou¹⁵ durante o Encontro Internacional sobre "O Projeto Genoma Humano: Aspectos Legais", realizado na Universidade de Deusto em 1993, organizado pela Fundação BBV e a "Diputación Foral de Bizkaia. Em suas conclusões, contidas na "Declaración de Bilbao", os participantes do Encontro declararam: "O corpo humano, por respeito à dignidade da pessoa, não deve ser suscetível à comercialização. Não obstante, permitir-se-á a disponibilidade gratuita e controlada com fins terapêuticos ou científicos. Os conhecimentos genético são patrimônio da humanidade e devem ser comunicados livremente".¹⁶

As descobertas sobre as seqüências de ADN e de produtos derivados deram lugar ao questionamento da necessidade de sua proteção jurídica no marco mais amplo da patenteabilidade da matéria viva em geral. O rumo das patentes para este objetivo representa uma novidade, visto que o direito de patentes considerava, até alguns anos atrás, apenas as invenções referidas à máquinas, procedimentos, substâncias e outras aplicações industriais, mas não com a matéria viva.¹⁷ A importância econômica do direito de patentes, que comporta o direito de propriedade exclusivo sobre o objeto no recai a patente, em relação às investigações sobre o genoma humano é evidente: pressupõe o direito de exploração exclusiva para o titular e que, por conseguinte, ninguém pode utilizar a patente sem autorização daquele.

Por isso é fácil compreender que a questão da proteção jurídica das conquistas das investigações no genoma humano tenha suscitado uma intensa discussão ao longo desta década (e que ainda não foi concluída).¹⁸ Aqueles que levantaram a bandeira da proteção dirigiram-

15. Ver os debates no "El Proyecto Genoma Humano: Aspectos Legales, II, Fundación BBV, Ed. Bilbao, 1995.

16. Conclusão n. 4, V. *Declaración de Bilbao*, em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994, pp. 215 e ss.

17. V. Juan L. IGLESIAS PRADA, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 11 e ss.

18. V. sobre a evolução e os termos do debate, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II, cit., com os trabalhos sobre "La patenteabilidad de los

se abertamente aos efeitos econômicos que poderiam derivar-se da investigação. Deste modo, o debate centrou-se no direito de patentes e os esforços dirigiram-se à conquista do reconhecimento da patente de seqüências de ADN,¹⁹ procedimentos de terapia gênica – e já admitido na linha somática –, assim como já vem sendo feito com produtos farmacêuticos, que em alguns casos se valeram da biotecnologia partindo do recurso a genes humanos.

Tendo-se em conta os requisitos clássicos exigidos para a patenteabilidade, isto é, ser concebida unicamente para novas invenções (objeto, procedimento ou técnica antes inexistentes: originalidade), que pressuponham realmente uma inovação (não devem ser óbvias) e que possam ter utilidade (utilidade prática, como oposição ao simples mérito intelectual ou estético: aplicação industrial),²⁰ surgiram vários problemas desde o ponto de vista legal.²¹ Objetou-se que a natureza da patente não se concilia com meras descobertas (os genes, enquanto tais, e as seqüências de ADN já existiam na natureza, não representando invenção ou novidade),²² especialmente por não saber-se ainda sua função (sua aplicação industrial, desde o ponto de vista jurídico). Além disso, até o presente, os tratamentos médico-cirúrgicos convencionais

descubrimientos genéticos”, de J. Graig VENTER (pp. 131 e ss.), Christian BYK (pp. 135 e ss.), John M. COLLINS (pp. 155 e ss.), Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (pp. 173 e ss.), José M. OTERO LASTRES (pp. 177 e ss.), Dennis S. KARJALA (pp. 199 e ss.), Guido GUERIN (pp. 207 e ss.), Salvador D. GERGEL (pp. 219 e ss.), Norman H. CAREY (pp. 237 e ss.), Milagros del CORRAL (pp. 243 e ss.), Rebecca S. EISENBERG (pp. 255 e ss.), Neil A. HOLTZMAN (pp. 259 e ss.), Juan L. IGLESIAS PRADA, Manuel LOBATO GARCIA MIJAN (pp. 265 e ss.), e Reiner MOUFANG (pp. 273 e ss.; The DANISH COUICIL OF ETHICS, *Patenting Human Genes. A Report*, Copenhagen, 1994. IGLESIAS PRADA, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, cit., pássim.

19. V. Christian GUGERELL, *La pratique actuelle de l'Office européen des brevets*, em Conseil de l'Europe (ed.), “Éthique et génétique humaine”, Les éditons du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, pp. 112 e ss. (pp. 115 e s.).

20. V. Convênio de Munique sobre a Concessão de Patentes Europeias, de 5 de outubro de 1973 (Convenio de Patentes Europeas), art. 52 e ss. De acordo com o art. 52.1: “As patentes europeias serão concedidas para qualquer invenção que seja suscetível de aplicação industrial, que seja nova e que implique um progresso inventivo”.

21. Cf. mais extensamente, Rainer MOUFANG, (*The protection of biotechnological inventions*), “Law in Motion Ist. World Law Conference”, Bruxelas, 1996, pp. 137 e ss.

22. V. esta opinião em F. P. GOEBEL, *Ist der mensch patentierbar? Zur Frage der Ptenfähigkeit von Humangen*, “Mitteilungen der deutschen Patentwälte”, 1995, p. 154.

foram geralmente considerados não patenteáveis, quando sejam aplicados diretamente sobre o corpo humano ou sobre animais.²³ As objeções participam também das reservas que qualquer forma de apropriação ou comercialização, relativa ao corpo humano, ou a suas partes, suscita em alguns setores.

Como se pode ver, os problemas não são tão somente de natureza tecno-jurídica, passíveis de serem superados, segundo a opinião dos técnicos, senão que fazem parte de interesses econômicos contrapostos assim como da confrontação de concepções culturais e sociais diferentes, em cujos extremos costumam-se situar as percepções e os interesses norte-americanos, por um lado, e os europeus, por outro.²⁴

Com efeito, do ponto vista econômico, no âmbito dos primeiros alude-se à necessidade de que laboratórios (mas também as instituições públicas que apoiaram estas investigações) recuperem as grandes somas de dinheiro investidas e possam continuar custeando a investigação, assim como que os próprios investigadores assegurem-se de tal apoio e, com isso, da continuidade do trabalho. Isto é formulado como maior intensidade em relação à investigação básica (em sentido estrito, nisso consiste a Projeto Genoma Humano), que não provoca a criação de novos produtos (no máximo, de novos procedimentos), mas que abre importantes caminhos aos que dedicam seus esforços à investigação aplicada (p. ex., a investigação clínica e farmacológica). Como se pode perceber, são fundamentalmente razões pragmáticas, que visam ao melhor funcionamento do "sistema".

Desde o ponto de vista cultural, a concepção européia considera que existem limites para a patenteabilidade, ou para a projeção de direitos econômicos sobre o corpo humano, orientados ao respeito à dignidade do ser humano. As legislações européias sobre patentes costumam fazer alusão a isso mediante as referências à "ordem pública" e/ou aos "bons costumes",²⁵ conceitos indeterminados que acolheriam essa barreira de índole ética. Outros aspectos da questão fazem referência à necessidade de que flua livre e rapidamente na comunidade científica o conhecimento que vá sendo adquirido com as investigações que sejam realizadas nos diversos laboratórios. Aqui, porém, tampouco existe coincidência nos efeitos da concessão de patentes sobre os genes

23. R. MOUFANG, *Medizinesche Verfahren im Patentrecht*, GRUR Int., 1992, p. 18.

24. V. Kate Muraschge, *Intellectual Property and Genetic Testing*, em "The Genetic Frontier. Ethics, Law and Policy" (Mark S. Frankel & Albert Tich eds.), American Association for the Advancement of Science, Washington, D.C., 1994, pp. 181 e ss.

25. V. por exemplo, O Convênio Europeu de Patentes, art. 53 a.

descobertos ou seqüências de ADN: para alguns, sua outorga frearia tal fluxo, já que ficaria em mãos do titular da patente o uso que seria concedido a terceiros, enquanto que, para outros, somente tal direito (que, entre outros efeitos, implica o da publicidade do objeto da patente) evitaria que os investigadores ocultassem suas descobertas aos demais cientistas com o fim de assegurar para si a dianteira na investigação.²⁶ E que, finalmente, não fiquem de algum modo, marginalizados, de novo, os países em vias de desenvolvimento mediante restrições no fluxo da informação, cuja potencialidade investigadora encontra-se muito reduzida.

Como é facilmente deduzível deste incompleto panorama, enfrentamos com uma questão de primeira grandeza e de enorme relevância social, econômica e com repercussões diretas para o estímulo à investigação e seus resultados. Um certo sentimento de pessimismo estendeu-se na Europa a este respeito quando o Parlamento Europeu não conseguiu aprovar, em sua sessão de 1.º de março de 1995, a Diretiva relativa à *proteção jurídica das invenções biotecnológicas*,²⁷ que tratava o tema com certa flexibilidade, mas, estabelecia algumas limitações ao não fiel à tradição européia mencionada, inadmitir a patenteabilidade do corpo humano ou de elementos deste como tais – *per se* – nem tampouco os procedimentos de modificação da identidade genética do ser humano contrários à dignidade da pessoa humana.²⁸

De qualquer maneira a Comissão Européia está preparando outra vez uma nova Diretiva sobre a mesma matéria, em cujo Rascunho²⁹ permitiu-

26. Sobre a necessidade do acesso a dados provenientes da investigação sobre o genoma humano por parte da comunidade científica, v. Elke JORDAN, *La participación y el acceso a los datos en el Proyecto Genoma Humano*, ns. 3 e 4, 1995 e 1996, pp. 228 e ss. e 187 e ss.

27. V. sobre o amplo processo de elaboração desta Proposta de Diretiva fracassada, Enrique MARIN PALMA, *La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: la propuesta de Directiva (I) y (II)*, em "Revista de Derecho e Genoma Humano", ns. 3 e 4, 1995 e 1996, pp. 228 e ss. e 187 e ss.

28. Com efeito, em especial, assinalava: "1. O objeto de uma invenção não será excluído da patenteabilidade pelo único motivo de estar composto por matéria biológica, utilizar matéria biológica ou ser aplicado a esta (...) 3. Não serão patenteáveis as invenções cuja publicação ou exploração sejam contrárias à ordem pública ou aos bons costumes (...). Por esta razão, não serão, em particular, patenteáveis: a) o corpo ou elementos do corpo humano *per se*; b) os procedimentos de modificação da identidade genética do ser humano contrários à dignidade da pessoa humana..." (art. 2.º).

29. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Consejo sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, de 13 de dezembro de 1995. V. MARIN PALMA, *La situación de las invenciones biotecnológicas en Europa: propuesta de Directiva (II)*, cit., pp. 1216 e ss.

se estabelecer um marco legal mais flexível que o anterior projeto. Em relação aos elementos biológicos humanos, começa assinalando que “o corpo humano e seus elementos em seu estado natural não são considerados invenções patenteáveis”, e que, “nada obstante o disposto no parágrafo I, será patenteável o objeto de uma invenção suscetível de aplicação industrial que se refira a um elemento isolado do corpo humano ou produzido de outro modo por meio de procedimentos técnicos, inclusive quando a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natural”.³⁰ Por outro lado, de acordo com a nova Proposta Diretiva, o objeto de uma invenção relativa a material biológico não será considerada uma descoberta ou novidade pela simples razão de que já fizesse, anteriormente, parte do mundo natural.³¹ Além disso, os métodos de tratamento humano relativos à terapia gênica na linha germinal serão considerados não patenteáveis, partindo da base de que sua exploração seria contrária à ordem pública e aos bons costumes.³²

Não obstante essa nova tentativa européia, com estas premissas parece não haver ainda um clima suficientemente propício para que, não já somente em plano regional, como também internacional, chegue-se à consecução de pontos mínimos de confluência. No entanto, e apesar das dificuldades, é preciso deixar aberto este caminho e insistir na necessidade de tentar resolvê-lo, antes de que os fatos e as pressões de determinados grupos imponham sua realidade e seus critérios, respectivamente. Neste sentido, já encontramos pronunciamentos no âmbito internacional de distintas naturezas e alcances que, mesmo não possuindo a força e o compromisso formal que teria uma Convenção (ou uma Diretiva, par o Direito da União Européia), propõem bases claras, carentes, nada obstante, de desenvolvimento e concreção. Citarei somente alguns deles:

O Conselho da Europa, em sua Recomendação sobre este tema aos Estados Membros,³³ enfatiza que o debate sobre as biotecnologias não se deve estar inteiramente circunscrito em torno do direito de patentes, e que, em relação aos textos jurídicos europeus atuais sobre patentes, faltou uma reflexão de fundo sobre proibições ou limitações à comercialização do corpo humano, de seus elementos ou produtos ou de procedimentos de mutação genética, e conclui com a proposta de várias proibições, como os procedimentos de modificação da

30. Proposta..., art. 3.º.

31. Proposta..., art. 8.º.

32. Proposta..., art. 9.º.

33. Recommendation 1240 (1994), on the Protection and patentability of material of human origin. V. o texto na “Revista de Derecho y Genoma Humano”, n. 3, 1995, pp. 313 e ss.

identidade genética do corpo humano com um fim não terapêutico e contrário à dignidade da pessoa humana, as técnicas de clonagem e de produção de quimeras, assim como de algumas manipulações (a transferência de embriões humanos a outra espécie e vice-versa, a fusão de gametas humanos como os de outra espécie, a produção de um ser humano individualizado e autônomo em laboratório, a criação de crianças de progenitores do mesmo sexo e a escolha do sexo com fins não terapêuticos).

Por sua vez, a 93.^a Conferência da União Interplanetária considera urgente a necessidade de que seja desenvolvido um corpo internacional de princípios comuns que respeitem a diversidade cultural, de crenças e valores espirituais e o patrimônio histórico, que seja proibido qualquer benefício econômico a partir do corpo humano ou de suas partes, resguardadas as exceções que estabeleça a Lei, e que se proíba a patente de genes humanos.³⁴

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, declara que o genoma é patrimônio correto da humanidade, entendida a palavra "patrimônio" num sentido, aparentemente, não econômico.³⁵

O Conselho Dinamarquês de Ética assinala em suas recomendações finais que somente deveria ser patenteável a informação contida nas

34. V. o texto da Declaração, *La bioética: un reto internacional para la protección de los derechos humanos*, na "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3, pp. 319 e ss.

35. Reza assim: "O genoma humano é um componente fundamental do patrimônio comum da humanidade" (art. 1.^o), os instrumentos internacionais suscetíveis de interesse para as aplicações da genética no campo da propriedade industrial, em especial, a Convenção de Berna sobre a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886 e a Convenção Universal da UNESCO sobre os direitos de autor, de 6 de setembro de 1952, revisadas, por último, em Paris, em 24 de julho de 1971, a Convenção de Paris sobre a proteção da propriedade industrial de 20 de março de 1883, revisada por último, em Estocolmo, em 14 de julho de 1967, o Tratado de Budapeste da OMPI sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microorganismos para fins de procedimento em matéria de patentes, de 28 de abril de 1977. O acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC) adotado ao acordo pelo qual se estabelece a Organização Mundial do Comércio que entrou em vigor em 1.^o de janeiro de 1995. O projeto embasou a "Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos" datada de 11 de novembro de 1997. Nela, o Genoma Humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e de reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas. Em sentido simbólico, o Genoma Humano é o patrimônio da humanidade. O § 3.^o do preâmbulo suscita dúvidas sobre a área de extensão da expressão "patrimônio" em fase das observações: "Tendo-se presentes e seu prejuízo ao que dispõemham".

seqüências de ADN utilizadas numa especial metodologia para a manufaturação de um produto específico,³⁶ e em termos semelhantes pronunciou-se também o Conselho Nacional de Ética de Portugal.³⁷

Por último, recordemo-nos que a comunidade internacional de geneticistas reunida em Caxambu (Brasil), em 1992, na primeira conferência Norte-Sul sobre o genoma humano, emitiu uma declaração na que instava a que representantes de governos, da indústria e de profissionais de direito se reunissem com cientistas num foro internacional que pudesse resolver com urgência este problema, partindo previamente do rechaço às patentes das seqüências de ADN enquanto tais, mas não das de seu uso.³⁸

Em resumo, independentemente das posições concretas destes posicionamentos (ainda que chame atenção sua coincidência em alguns pontos muito significativos), a idéia comum é a constatação da necessidade de chegar a algum acordo supranacional.

De qualquer maneira, no plano nacional, é possível detectar diferentes orientações. Tomaremos como mostra dos exemplos representativos os EEUU e a França.

Nos EEUU ocorreram dois importantes eventos em 1995: o primeiro deles foi a obtenção por parte dos Institutos Nacionais de Saúde (NIH) de uma ampla patente que cobre todas as manipulações "ex vivo", conforme as quais células humanas que funcionam mal são modificadas geneticamente com o fim de produzir níveis terapêuticos de proteínas fora do corpo para serem substituídas através de sua reimplantação no corpo

36. The Danish Council of Ethics, Patenting Human Genes. A Report, cit. p. 35. V. o texto de suas recomendações na "Revista de Derecho y genoma Humano", n. 3, 1995, pp. 317 e ss.

37. V. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Protecção jurídica das Invenções Biotecnológicas*, em "Documentação", vol. II (1993-1994), Lisboa, 1994, pp. 97 e ss. (106 e ss.). E comentário de Augusto LOPES CARDOS, *Breves notas sobre el Dictamen del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Portugal em relación con la proteccción jurídica de las invenciones biotecnológica*, em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3, 1995, pp. 271 e ss.

38. Comunidade internacional de geneticistas reunida em Caxambú, Brasil de 12 a 15 de maio de 1992, na primeira conferência Norte-Sul sobre o genoma humano, emitiu a seguinte declaração: Declaração sobre as Patentes de Seqüenciamento do DNA Humano: Para lograr este balanço desejado (entre os direitos de propriedade intelectual e o livre intercâmbio de informação e de materiais que são necessários para uma ótima colaboração internacional na execução do projeto de genoma humano), instamos a que se considere a evitação do patenteamento das seqüências do DNA que ocorrem na natureza. Em nossa opinião, a proteção da propriedade intelectual deve ser feita a respeito do uso dos seqüenciamentos e não sobre os próprios seqüenciamentos".

do paciente (a chamada terapia gênica na linha somática "ex vivo"). Esta patente baseou-se no primeiro ensaio sobre terapia gênica humana, levada a cabo em 1990, que afetava o tratamento de uma menina com a enfermidade do sangue conhecida como deficiência da adenosina deaminasa (ADA).³⁹ A patente não cobre a técnica alternativa de manipulação "in vivo". Como consequência dessa decisão, os proprietários da patente (Genetic Therapy Inc., GTI) obtiveram uma licença exclusiva sobre a tecnologia implicada, obrigando aos que quisessem comercializar uma terapia gênica "ex vivo" a negociar com eles a obtenção de uma sublicença; de qualquer modo, a investigação estaria isenta deste requisito.⁴⁰ Mesmo tendo-se apresentado alguns recursos contra esta decisão do Departamento de Patentes norte-americano, reconhece-se de forma geral que esta patente foi a primeira evidência palpável de uma nova política por parte de dito Departamento, conforme a qual os avaliadores da patente já não requerem uma prova ampla sobre a utilidade de uma invenção prévia ao reconhecimento da patente.

O segundo acontecimento foi a aprovação de uma Lei para modificar o Título 35 do United States Code, relativa às patentes sobre procedimentos biotecnológicos. Nela são estabelecidas as condições para a patenteabilidade de tais procedimentos, em particular, sobre sua obviedade e sobre a informação que deve apresentar a respeito na solicitude da patente.⁴¹

Por outro lado, o legislador francês, em sua Lei sobre o respeito ao corpo humano,⁴² estabelece que não poderão ser objeto de patente o corpo humano, seus elementos e seus produtos, assim como o conhecimento da estrutura parcial ou total de um gene humano. Esta

39. V. H. GAVAGHAN, *NIH wins patent on basic technique covering all 'ex vivo' gene therapy*, em "Nature", vol. 374, 1995, p. 393.

40. GAVAGHAN, cit.

41. Na Lei, define-se o conceito de processo biotecnológico: "(A) a process of genetically altering or otherwise inducing a single - os multi-celled organism to (i) express an exogenous nucleotide sequence, (ii) inhibit, eliminate, augment, or alter expression of an endogenous nucleotide sequence, or (iii) express a specific physiological characteristic not naturally associated with said organism; B) cell fusion procedures yielding a cell line that expresses a specific protein, such as a monoclonal antibody; and (C) a method of using a product produced by a process defined by subparagraph (A) or (B), or a combination of subparagraphs (A) and (B)" (art. 3.º).

42. V. Lei n. 94-653, de 29 de julho de 1994, relativa ao respeito ao corpo humano, art. 7.º, que modifica o art. L 611-17 do Código de Propriedade-Intelectual. Como pode ser comprovado, esta regulação é muito próxima das previsões do primeiro Esboço de Diretiva da União Européia, cit. no que se refere ao corpo humano e suas partes.

última proibição refere-se tão somente à possibilidade de patentear seqüências de ADN, que foram durante os últimos anos o assunto que provocou maior discussão entre os investigadores, mas em sentido estrito não se opõe ao fato de que possam ser patenteados procedimentos de terapia gênica.

De tudo o que foi exposto até agora é possível deduzir que não existe uma confrontação total contra a patenteabilidade de partes do corpo humano, sempre que estas partes hajam experimentado alguma sorte de modificação,⁴³ como sucede com os genes humanos modificados com fins terapêuticos, inclusive no caso de genes extraídos previamente do paciente (terapia gênica "ex vivo"). Neste sentido, tratar-se-ia de um novo procedimento ou, mais exatamente, de um produto similar aos medicamentos novos (incluindo os medicamentos obtidos a partir de genes humanos, como o interferón humano, ativador plasminógeno do tecido ou eritropoietina, a respeito dos quais está fora de discussão sua patenteabilidade, ao ser geral sua aceitação).⁴⁴ Por tal motivo, não parecem existir sérios obstáculos para admitir sua patenteabilidade, sempre que fiquem excluídos os métodos para o tratamento do próprio corpo humano.⁴⁵

Esta conclusão seria, portanto, aceitável em relação à patente da terapia gênica na linha somática, na medida em que nem a patente enquanto tal nem a atividade terapêutica em si mesma⁴⁶ implicam uma violação da ordem pública ou dos bons costumes, sem desprezo do fato de que ambas são problemas diferentes para a questão da patenteabilidade. é evidente que neste caso não se vê afetada a dignidade humana.

Os problemas são diferentes quando abordamos a valoração da patentabilidade dos procedimentos de terapia gênica na linha germinal. De maneira geral os pronunciamentos no âmbito internacional foram contrários à permissão desta forma de terapia. Já existem relativamente abundantes referências legislativas que proíbem qualquer intervenção na linha germinal, mesmo, em alguns casos, tratando-se de investigações com propósitos terapêuticos.⁴⁷ Outras posições mais moderadas,

43. Juan Luis IGLESIAS PRADA, *La patenteabilidad de los genes humanos*, em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3, 1995, p. 117.

44. MOUFANG, *The protection of biotechnological inventions*, cit., p. 131.

45. Desta opinião, Christian GURERELL, *Biotechnology and Bioengineering: Legal frame*, em "Biotechnologie, Law and Bioethics", Kluwer Publishers (no prelo).

46. Carlos M. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, em "El Proyecto Genoma Humana: Aspectos legales", vol. III, Fundación BBV (ed.), Bilbao, 1996, p. 195.

47. V. por exemplo, o Proyecto de Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa: "Qualquer intervenção com o propósito de

entre as que me encontro,⁴⁸ consideram que é melhor manter uma prudente moratória, por tratar-se de uma atividade – manipulações na linha germinal – que se encontra ainda longe de ser controlada; e posto que seus efeitos adversos não são conhecidos e podem causar graves distúrbios nos seres humanos os quais, além disso, podem ser transmitidos à descendência e por este motivo afetar a espécie humana. O problema formulado na atualidade – ou melhor, quando seja possível tal engenharia genética – é avaliar a conveniência de satisfazer ou não o desejo destas pessoas de ter filhos sadios por meio da terapia gênica na linha germinal antes de que a ciência esteja suficientemente preparada para prevenir os efeitos negativos ainda desconhecidos; ou prevenir tais riscos e que as pessoas afetadas recorram às técnicas de reprodução assistida e ao diagnóstico pré-implantatório com o fim de assegurar-se de que os filhos não herdarão as enfermidades temidas; ou que, finalmente, tomem a decisão de não ter filhos.

Por tais razões não parece oportuno o reconhecimento do direito de patente em relação à terapia⁴⁹ na linha germinal (e com maior razão qualquer outro tipo de intervenção na linha germinal), tendo-se presente antes de tudo o fato de que semelhante patente poderia afetar o embrião “in vitro” resultante desta terapia.⁵⁰ Já vimos anteriormente porque o novo Projeto de Diretiva da União Européia considera não patenteáveis os procedimentos de tratamento humano que comportam a terapia gênica na linha germinal, por ser contrária à ordem pública e aos bons costumes.

Não vou ocupar-me aqui da patenteabilidade relacionada a outras atividades que implicam de um modo ou de outro a manipulação de genes com propósitos eugênicos, no sentido mais amplo do termo, pois já se pode deduzir que a conclusão será contrária a sua aceitação. Assim mesmo chamo atenção para o fato de que não me parece adequado admitir patentes da obtenção de clones humanos, quimeras, raças humanas ou humanóides, etc., por ser evidente que tanto a atividade em si mesma, quanto a possível patente de seus resultados, são contrários à dignidade humana.⁵¹

modificar o genoma humana apenas poderá ser realizada com fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e sempre que seu objetivo não seja a introdução de qualquer modificação no genoma da descendência” (art. 13).

48. ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 196.

49. IGLESIAS PRADA, *La patentabilidad de los genes humanos*, cit. p. 119.

50. Cf. no entanto, GUGERELL, *Biotechnology and Bioengineering: Legal frame*, cit., que se opõe a tão radical proibição.

51. V. ROMEO CASABONA, *Limites penales de la manipulación genética*, cit. p. 201 e ss.

Podemos concluir que nos encontramos diante de um desafio, o que nos impõe como necessidade o uso da imaginação e da criatividade.⁵² A dúvida surge sobre o fato de dever-se ou não girar de forma exclusiva em torno do direito de patentes, o que imporá uma dupla reflexão, tanto a respeito da legitimidade de algumas patentes, quanto da legitimidade, como questão prévia, da atividade que dê lugar à pretensão de patenteabilidade (pense-se, p. ex., na terapia gênica na linha germinal, que tantas discussões éticas suscita), pois certamente são questões diferentes.

Por outro lado, as objeções a que, ao não reconhecer a função dos genes ou das seqüências de ADN, nem estas nem aqueles poderiam ser patenteados por faltar o requisito da utilidade industrial, no fundo não fazem mais do que desviar o problema, pois quando aquelas sejam conhecidas (ou descobertas) este estará resolvido, mas talvez muito tarde.

O direito de patentes seria mais adequado para a proteção de procedimentos (técnicas, métodos) relacionados às investigações sobre o genoma humano (com a exceção dos que se aplicam diretamente sobre o corpo humano), do que para a proteção do descobrimento de substâncias biológicas humanas ou produtos, como os genes ou seqüências de ADN, a salvo, esteja claro, de medicamentos e produtos semelhantes ou métodos de tratamento, como a terapia gênica na linha somática (terapia gênica "ex vivo"); e isso mesmo sendo considerado pelos especialistas menos efetiva a proteção daqueles que destes através do direito de patentes. No mais, a discussão deveria girar no sentido de encontrar soluções para assegurar ao financiamento (se é este o autêntico e único problema) dos que mais estiverem contribuindo para os objetivos da investigação.

Por outro lado, não seria conveniente que se perdessem os valores fornecidos pela cultura européia em relação aos direitos humanos, que não têm porque encontrar seu fundamento em preconceitos morais, pois, tanto neste contexto, como em outros da investigação biomédica e das tecnologias, são decisivos em geral, para assegurar o respeito aos indivíduos e a seus direitos, assim como para fomentar a solidariedade entre os povos. Não deveria olvidar ainda que as investigações atuais fundamentam, em grande medida, nos conhecimentos conquistados por gerações anteriores de pesquisadores, que se incorporaram ao acervo da humanidade (das gerações atuais e futuras) embora sem depreciar as expectativas dos investigadores atuais.

52. V. neste sentido, Paula MARTINHO DA SILVA, *Genes e Patentes: estará desfasado el Derecho Tradicional?*, em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3, 1995, pp. 149 e ss. que assinala a necessidade de encontrar novos instrumentos jurídicos.

Parece conveniente estabelecer o quanto antes um regime jurídico apropriado em relação aos microorganismos, vegetais e animais, a respeito dos quais também são pertinentes limitações, entre as quais deve primar, como já assinalamos anteriormente, considerações de caráter meio-ambiental e relativas à biodiversidade, biosegurança e à proteção das variedades vivas e espécies "naturais" hoje existentes, sem desatender à sensibilidade ética, hoje estendida, de evitar, na medida do possível sofrimentos aos animais.

Como é lógico, a legislação espanhola sobre patentes não prevê nenhuma regulamentação relativa à patenteabilidade do genoma humano, (prevê tão somente para animais e vegetais). Com efeito, a Lei 11/1986, de 20 de março, de Patentes, estabelece em seu art. 4.1 o princípio geral: "são patenteáveis as invenções novas que impliquem uma atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial". A seguir, no art. 5.º inclui-se as exceções:⁵³ "1. Não poderão ser objeto de patente: a) As invenções cuja publicação ou exploração seja contrária à ordem pública ou aos bons costumes. b) As variedades vegetais que possam ser incluídas na Lei de 12 de março de 1975 sobre proteção da obtenções vegetais. c) As raças animais. d) Os procedimentos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais e animais. 2. O disposto nos apartados b), c) e d) não será, entretanto, aplicável aos procedimentos microbiológicos, nem aos produtos obtidos por ditos procedimentos".

53. Concorda basicamente com o Convênio de Patentes Europeias. A Oficina Européia de Patentes de Munique tem demonstrado uma grande flexibilidade sobre a concessão de patentes relacionadas com a Biotecnologia, apesar das proibições aparentemente existentes (assim, as decisões "Geigy", "Onco-ratón-Harvard" e a recente do "Relaxin", comunicada em 18 de janeiro de 1995). V. IGLESIAS PRADA, *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, cit. pp. 35 e ss.; Carlos LEMA DEVESA, *El Convenio Europeo de Múnich ante da protección de nuevas tecnologías*, em "Actualidad Civil", n. 34, 1993, pp. 605 e ss.

Bibliografia

Em espanhol:

ALONSO BEDATE, Carlos: "Biotecnología: Países en desarrollo y tercer mundo", en *Ética y Biotecnología*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993. BORRILLO, Daniel: *Análisis de la regulación comunitaria y española sobre la utilización liberalización intencional y comercialización de organismos modificados genéticamente*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1994. GARCIA LOPEZ, Jose Luis: "Problemas éticos de biopatentes", en *Ética y Biotecnología*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993. GÓMEZ SEGADE: *La falta de patentabilidad de los procedimientos esencialmente biológicos*, "Cuadernos CEFI", núm. 7. IGLESIAS PRADA, Juan L.: *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995. IGLESIAS PRADA, Juan L.: *La patentabilidad de los genes humanos*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 3, 1995. JORDAN, Elke: "La participación y el acceso a los datos en el Proyecto Genoma Humano", en Fundación BBV (ed.), *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao, 1991. LEMA DEVESA, Carlos: *El Convenio Europeo de Múnich ante la protección de nuevas tecnologías*, en "Actualidad Civil", n. 34, 1993. LOPES CARDOSO, Augusto: "Breves notas sobre el Dictamen del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Portugal en relación con la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 3, 1995. MARTÍN MATEO, Ramón: *Iusgenética*, en "Autonomías", n. 15, 1992. MARTINHO DA SILVA, Paula: *Genes y patentes: ¿estará desfasado el Derecho Tradicional?*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 3, 1995. MONTOYA, Eladio: "Biotecnología", *Proyecto Genoma Humano: Ética*, cit. Emilio: *Biotecnología, medio ambiente y sociedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1993. MUÑOZ, Emilio: *Ingeniería genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995.

Em outros idiomas:

BENKARD: *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz*, München, 1988. BEURIER, Jean-P.: "Le droit de la biodiversité", en *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 1-2, 1996. BEYER: *Patent und Ethik im Spiegel der Technischen Evolution*, "GRUR", 1994. BODMER, "The Human Genome Project", *Eposium*, 1992. *Genetic Engineering – The New Challenge*, European Patent Office, München, 1993. BRAUER, D. (ed.): *Biotechnology*, vol. 12: *Legal, Economic and Ethical Dimensions*, VCH, Weinheim, 1995. BUIATTI y otros: "La brevettabilità delle biotecnologie: riflessioni preliminari", en *Giurisprudenza Italiana*, 1991. BYK, Christian: "Patenting Human Genes/Breveler les gènes humains", *Journal International de Bioéthique/International Journal of Bioethics*, vol. 5, n. 4, 1994. CAFORIO, G.: *Il vivente biotecnologico come invenzione brevettabile*, Perugia, 1990. The Danish Council of Ethics, *Patenting Human Genes. A Report*, Copenhagen, 1994. CÜER, P.: "Can usable sequences extracted from the human genome be patented?", "Law and the Human Genome Review", n. 3, 1995. DURBIN, Paul T.: *Social responsibility in science, technology and medicine*, Lehigh University Press, London, 1993.

EISENBERG, Rebecca S., "Proprietary rights and the norms of science in biotechnology research", en *Intellectual Property Law Review*, vol. 21, 1989.

FRIEND, W.B.: *Na introduction to genes and patents*, "Law and the Human Genome Review", n. 3, 1995.

FRUEHAUF: *Biotechnologische Erfindungen – ihr Schutz und seine Grenzen*, "GRUR", 1992.

GANNON, Philippa/GUTHRIE, Tom/LAURIE, Graeme: "Patents, Morality and DNA: Should there be Intellectual Property Protection of the Human Genome Project?", en *Medical Law International*, vol. 1, n. 4, 1995.

GOEBEL, F.P.: *Ist der Mensch patentierbar? Zur Frage der Patentfähigkeit von Humangenomen*, "Mitteilungen der deutschen Patentanwälte", 1995.

GUGERELL, Christian: "la pratique actuelle de l'Office européen des brevets", en Conseil de l'Europe (ed.), *Ethique et génétique humaine*. Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994.

HAWKES, D.: *Der Faktor Mensch im Gentechnikrecht. Eine Untersuchung zu den Grenzen prohibitisch geprägter Rechtsbegriffe im Umweltrecht*, P. lang, Frankfurt a.M., 1995.

JAENICHEN: *Die Patentierung von Biotechnologie – Erfindungen beim Europäischen Patentamt*, "GRUR Int", 1992.

JAENICHEN: *The European Patent Office's Case Law on the Patentability of Biotechnology Inventions*, Köln, 1993.

JOHNSTON, Sean: "Patent protection for the protein products of recombinant DNA", en *Intellectual Property Law review*, vol. 23, 1991.

KARET: *Moral dilemmas in the history of patent legislation*, "Eposium 1992. Genetic Engineering – The New Challenge", cit. MENESINI, V./CAFORIO, G.: "Sistema brevettuale e problemi etici delle biotecnologie", en *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1993.

MOUFANG, R.: *Medizinische Verfahren im Patentrecht*, "GRUR Int", 1992.

MOUFANG, R.: *The protection of biotechnological inventions*, "Law in Motion, 1st. World Law Conference", II, Brussels, 1996.

MURASHIGE, Kate H.: "Intellectual Property and Genetic Testing", en *The Genetic Frontier. Ethics, Law and Policy* (Mark S. Frankel & Albert Teich, eds.). American Association for the Advancement of Science, Washington, D.C., 1994.

SIMON, Jürgen: *Gentechnikrecht*, Nomo Verlag, Bade-Baden, 1992.

STRAUS, J.: *Biotechnologische Erfindungen – ihr Schutz und seine Grenzen*, "GRUR", 1992.

STRAUS, J.: *Patentrechtliche Probleme der Gentherapie*, "GRUR", 1996.

VITZTHUM, Wolfgang/GEDDERT-STEINACHER, Tatjana: *Standortgefährdung. Zur Gentechnik-Regelung in Deutschland*. Bd, 14, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

VOSSIUS, V./GRUND, M.: *Patentierung von Teilen des Erbguts, der mensch als Sklave? – Einspruchsverfahren gegen das Relaxin-Patent*, "Mitteilungen der deutschen Patentanwälte", 1995.

WINTER, Gerd: *Grundprobleme des Gentechnikrechts*, Werner, Düsseldorf, 1993.

MECANISMOS DE CONTROLE E DE PROTEÇÃO: RESPONSABILIDADE JURÍDICA

1. Princípios básicos do controle jurídico das práticas genéticas e Biotecnologia

Nos capítulos anteriores expusemos as reais virtudes e benefícios que podem propiciar as ações sobre o genoma humano. Também assinalamos as situações e comportamentos que podem pôr em conflito determinados bens e as soluções disponíveis para resolvê-los. Igualmente, identificamos os bens jurídicos que podem entrar em conflito e que, em tal caso, poderiam ser lesionados. Agora, abordaremos os instrumentos jurídicos de proteção, bem como as reações jurídicas que oferece ou deve oferecer o ordenamento jurídico às lesões de ditos bens.

Neste sentido, são imagináveis, no âmbito da genética, diversos caminhos de regulamentação escalonada intensiva e extensiva completamente diferentes mas provavelmente complementares:¹ começando pelo autocontrole deontológico da comunidade investigadora, passando por garantias administrativas de caráter procedimental, até chegar à introdução de tipos civis de proteção – ao fortalecimento de tais instrumentos – ou, inclusive, quando necessário, de proibições penais.

1. Segundo propõem Jean L. BAUDOUIN, *Limites penales de la experimentation en genética*, em Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", III, Bilbao, 1995, pp. 163 e ss.; Albin ESER, *Genética Humana desde la perspectiva de lo Derecho Alemán*, in "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1985, pp. 363 e ss., Emilssen GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 89, para quem, na Colômbia, não há um espaço livre de direito (p. 90).

Com efeito, pensamos que apesar de ser certo que em outros âmbitos da atividade humana também está aberta esta forma de regulamentação plural e escalonada com diferentes níveis de intensidade, está tal procedimento especialmente indicado à biotecnologia e às ciências biomédicas em geral, de modo que se flexibilize adequadamente sua ação em prol de uma maior liberdade para a investigação e que sejam previstos ao mesmo tempo e eficazmente as derivações não desejáveis socialmente decorrentes desta.

1.1. O autocontrole ético ou deontológico: sua exclusiva função de complementaridade

Levar a ética em consideração como um recurso costuma conduzir ao marco da ética profissional. Neste sentido, não é incomum que se pretenda recorrer a esta como recurso exclusivo para resolver estritamente no âmbito profissional os conflitos que possam ser produzidos, subtraindo, desta maneira, da comunidade, a possibilidade de exercer algum controle sobre dito tema. Por outro lado, a questão abre outros perfis mais complexos quando essa ética profissional se encontra codificada e imposta de forma mais ou menos externa ao conjunto dos profissionais, e dizemos imposição externa na medida que surge do seio de organizações ou associações profissionais nas que necessitam integrar-se de forma obrigatória os que queiram exercer a profissão (ordens ou colégios profissionais), o que implicaria a não necessária aceitação voluntária de tais regras deontológicas. Isso assume feição particular quando essa ética profissional não apresenta a natureza da norma jurídica, assim como sucede em relação ao Código de Deontologia e Ética Médica espanhol.² No entanto, independentemente da questão do caráter jurídico das normas deontológicas ou dos princípios éticos que regulamentam aquelas facetas conflituosa das atividades profissionais, o certo é que não parece aceitável deixar ao próprio profissional, seja de forma individual (ética pessoal), seja através dos grupos profissionais nos que se integra (normas deontológicas), a decisão de uma auto-regulamentação de tais facetas conflituosa que repercutem de forma tão direta e relevante na coletividade. Por isso o Estado não deve renunciar neste terreno às funções de intervenção que lhe correspondem,

2. Neste sentido, Tomás IGLESIAS, *El discutible valor jurídico de las normas deontológicas*, in "Jueces para la Democracia", n. 12, 1991, p. 53 e ss. Em outros sistemas jurídicos a situação não é, porém, equiparável. P. ex., na França o Código de deontologia médica constitui norma jurídica, portanto, obrigatória. O Código Espanhol foi aprovado pelo Conselho Geral dos Colégios Oficiais de Médicos em 1990, em substituição ao anterior Código de 1979.

regulando esta matéria se for necessário, assim como acontece com outras atividades de semelhante importância coletiva.

Não representa uma contradição em relação ao afirmado confiar no autocontrole do investigador e da comunidade científica à que pertence no desenvolvimento dos processos das investigações. Neste sentido deve-se reconhecer a importante tarefa que corresponde à Bioética, já que esta pretende encontrar respostas éticas adequadas partindo de três princípios básicos: autonomia, beneficência e justiça; também não representa contradição apoiar a coexistência da regulamentação legal com princípios de ética profissional que reforcem os interesses ou valores dignos de proteção, concebidos como orientações ou prescrições de conduta no exercício profissional, inclusive como ideais máximos que tendam a elevar a profissão, antes de usar mão do recurso aos códigos deontológicos. Exemplos que ilustram tal concepção são encontrados a anos no marco internacional por meio de Declarações sobre temas específicos, como a Declaração de Marbella sobre o Projeto Genoma Humano;³ ou no âmbito nacional, as Diretrizes ou Recomendações de Sociedades Científicas de Médicos, como é freqüente nos EEUU ou na República Federal Alemã. Até o momento tais iniciativas deram bons resultados, já que têm sido acolhidos como pontos obrigatórios de referência ética. Por outro lado, e nesta mesma direção, os comitês de ética biomédica podem desempenhar no futuro (em relação às intervenções terapêuticas no genoma humano) uma importante função, seja, auxiliar na tomada de decisões em conflitos concretos, de forma semelhante a como operam os comitês de ensaios clínicos em relação à investigação e preparados farmacêuticos e produtos similares.⁴ Aqueles comitês gozam de uma longa tradição em alguns países (particularmente no âmbito anglo-saxão, talvez propiciado por seu sistema jurídico baseado no "common law", na importância do precedente das decisões judiciais aplicáveis ao caso, frente ao europeu continental, baseado fundamentalmente nas previsões normativas), enquanto que na Espanha sua instituição em alguns hospitais é recente.⁵ Finalmente, aos chamados Comitês Nacio-

3. Aprovada pela 44.^a Assembléia Médica Mundial, em setembro de 1992. V. também a Declaração de Helsinki sobre a experimentação humana da 18.^a Assembléia Médica Mundial (1964), revisada pelas Assembléias de Tóquio (1975), Roma, (1983) e Hong Kong (1969).

4. Regulados, no Direito espanhol, pela Lei 25/1990 (do Medicamento), de 20 de dezembro, e pelo Decreto Real 561/1993, de 16 de abril, através do qual se estabelecem os requisitos para a realização de ensaios clínicos com medicamentos.

5. Com efeito, constituíram-se os comitês de ética assistencial para os centros sanitários dependentes do Instituto Nacional da Saúde (INSALUD), mediante Instrução de 29 de março de 1995 de sua Direção Geral.

nais de Bioética⁶ corresponde de forma mais genuína a função de detectar novos problemas globais relacionados aos avanços biomédicos mais significativos e às consequências derivadas de sua aplicação no ser humano, assim como oferecer pautas de orientação e assessoramento não vinculantes, mas geralmente dotados de uma especial força moral, tanto para os grupos profissionais afetados, como para a população em geral, assim como para chamar a atenção dos poderes públicos para que assumam suas responsabilidades e tomem as iniciativas institucionais que lhes correspondam.⁷

1.2. O controle da administração sanitária como procedimento preventivo

O intervencionismo dos poderes públicos em questões relativas à saúde, à ciência e à tecnologia é algo plenamente assumido nas sociedades avançadas. Estamos assistindo a um processo de crescente controle por parte daqueles sobre a atividade sanitária entendida em sua mais ampla acepção, e não somente do poder executivo, do que nos ocuparemos mais tarde, como também do legislativo e do judiciário. Isso devido a vários fatores concomitantes: 1) a saúde dos cidadão é um dos eixos dos desenhos políticos na atualidade como consequência do Estado social, do bem-estar (sem menosprezar sua

6. Como foi dito no Capítulo I, são numerosos os Comitês formados nos diversos Estados, com diferentes funções, estrutura, composição e dependência orgânica. O primeiro deles foi criado na França pelo Presidente da República: *Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*. Na Conferência Internacional de Madrid (março de 1992), sobre os Comitês Nacionais de Bioética, se propugnou inclusive a constituição de um Comitê Internacional.

7. A esta idéia, porém, com caráter setorizado e muito limitado, poderia corresponder a Comissão Nacional de Reprodução Assistida espanhola, cuja criação foi prevista pela Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida à qual corresponderá funções de assessoramento além de outras consequências, de caráter administrativo, pois a referida Lei indica que estará "dirigida a orientar sobre a utilização dessas técnicas para colaborar com a administração quanto à recopilación e atualização de conhecimentos científicos e técnicos, ou na elaboração de critérios de funcionamento dos Centros ou Serviços onde se realizam as técnicas de Reprodução Assistida, a fim de facilitar sua melhor utilização" (art. 21.1). Impressão que se reforça ao assinalar que a referida Comissão Nacional será integrada, entre outros membros, por um "Conselho de amplo espectro social" (art. 21.3), o que revela seu caráter não estritamente técnico. Por sua vez, a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, de doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos, previu a criação da Comissão Nacional de Acompanhamento e Controle da doação e utilização de embriões e fetos humanos (Disposição Adicional Primeira). No entanto, não se constituiu ainda nenhuma das duas Comissões.

crise atual), dedicando para tal vim abundantes recursos humanos, econômicos e materiais; 2) a prevenção da saúde individual e coletiva deve alcançar a qualidade das prestações sanitárias, diminuindo ao máximo os riscos que possa implicar, em especial em relação ao desenvolvimento biotecnológico e à disponibilidade de novos tratamentos, mais complexos e perigosos; 3) este intervencionismo está ainda mais justificado em relação àquelas práticas que podem afetar certos direitos fundamentais dos indivíduos: vida e integridade pessoal, liberdade, intimidade, instituição familiar, etc.

Estas perspectivas propiciaram o desenvolvimento da medicina no setor público, seja de forma direta, realizando as prestações sanitárias por seus próprios meios, seja indireta, solicitando a colaboração da medicina privada (por meio de convênios e acordos), ou financiando a prestação por parte desta e as investigações necessárias. Em qualquer caso, e independentemente do sistema sanitário que tenha sido adotado em cada país em particular, este caminho abriu canais administrativos de controle para a autorização de algumas prestações sanitárias e da investigação prévia, como são, quando se pretenda implantar ou desenvolver determinadas investigações ou práticas, a exigência de demonstrar a qualificação (por parte dos centros) em meios materiais e humanos, a qualificação (certificada) das equipes profissionais, o acompanhamento de tratamentos novos ou em fase de investigação e experimentação potencialmente perigosos, com a imposição e aprovação de certos protocolos de atuação, assim como o desenvolvimento e objetivos da investigação, etc. Estas e outras condições são procedimentos até certo ponto indiretos que permitem estabelecer limitações preventivas ao rodear de suficientes garantias aquelas atividades mais delicadas e potencialmente conflituosa, condições que podem estar especialmente indicadas para as manipulações no genoma humano, assim como foram estabelecidos em relação a certos microorganismos para prevenir os efeitos de sua liberação não controlada no meio ambiente. Por outro lado, quando se estabelece uma direta relação de dependência profissional ou trabalhista com a Administração por parte do pessoal sanitário qualificado, aquela dispõe de outro meio de grade eficácia potencial: o regime disciplinar, com a aplicação de medidas e sanções desse caráter quando seja oportuno frente aos comportamentos infratores mais graves.

Na Espanha este processo foi incorporado de forma paulatina às políticas sanitárias do país. Com efeito, a Constituição espanhola reconhece o direito à proteção da saúde, incumbindo dita proteção aos poderes públicos (art. 43). O desenvolvimento constitucional deste direito foi realizado com a "Ley General de Sanidad" (lei 14/1986, de 25 de abril), no que se refere à prestação da assistência sanitária e à

organização do Sistema Nacional de Saúde. Por outro lado, a regulamentação de determinados tratamentos ou práticas médicas encontra-se em outras leis setoriais, como as relativas à extração e transplantes de órgãos, autópsias clínicas, técnicas de reprodução assistida, utilização de gametas e embriões humanos, ensaios clínicos, biotecnologia, etc. O desenvolvimento regulamentar destas leis conferiu às administrações sanitárias espanholas uma cada vez mais significativa e virtualmente eficaz capacidade de intervenção nestes temas. Em seu conjunto aprecia-se a presença dos diversos aspectos de controle e intervencionismo apontado acima: regulamentação do marco lícito da atividade, controle de ação profissional para garantir sua qualidade e decisões encaminhadas a proteger os direitos individuais e os bens jurídicos implicados.

Em conclusão, se esta linha de intervencionismo vem desenvolvendo-se já em numerosas atividades biomédicas complexas, não deveriam ocorrer sérios obstáculos para estendê-la às atividades e investigações relacionadas à genética humana, animal ou vegetal. Intervencionismo sobre o que, deve-se insistir, está justificado fundamentalmente como meio preventivo eficaz frente à potenciais perigos derivados destas atividades e outras relacionadas às ciências biomédicas, e não como instrumento de determinismo científico ou inclusive restritivo à liberdade de investigação, sem menosprezar a possibilidade de que os poderes públicos incentivem e impulsionem aquelas parcelas da ciência (por motivo de interesse coletivo) mais carentes de apoio, ou que restrinjam ou eliminem determinados apoios financeiros à investigação quando os propósitos desta não sejam desejáveis ou por infringir os mecanismos regulamentativos de garantia e controle (podendo adotar medidas mais estritas neste último caso).

Devemos situar neste marco, por sua incidência mais direta sobre diversas manifestações da genética humana, duas Leis espanholas, aprovadas em 1988: a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, relativa à doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos, e a Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida. A primeira destas duas leis ocupa-se da doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos, com fins diagnósticos, terapêuticos, de investigação ou experimentação (art. 1.^o), e de forma específica sobre a tecnologia genética (art. 8.^o); a segunda lei regula diversos aspectos relacionados às técnicas de reprodução assistida, assim como o diagnóstico, a terapia, a investigação e experimentação com gametas e pré-embriões ou embriões pré-implantatários.⁸ Nelas são comprovadas as importantes

8. Não obstante, ambas as leis foram objeto de arguições de inconstitucionalidade perante o TC, em 1989 (ainda não resolvidas até o momento), apresentados

competências de controle atribuídas à Administração sobre estas atividades, em particular às comissões previstas para tanto. No entanto, a discricionariedade atribuída às mesmas para autorizar a realização de determinadas atividades, não bem delimitadas legalmente, é excessiva em alguns casos (p. ex., art. 16.1.k e 20.2.B.n e r. da Lei 35/1988). pois deveriam ser expressamente mencionados e definidos pela Lei os casos e circunstâncias em que aquelas autoridades ou Comissões podem autorizar ou não discricionalmente, pois do contrário o marco do realmente permitido ou proibido pela lei dilui-se excessivamente.

1.3. A responsabilidade por ações danosas ou de risco

Em face destas situações as reações conhecidas de que dispõe o ordenamento jurídico são a reparação do dano cometido, que corresponde ao âmbito do Direito privado, excetuando-se a responsabilidade objetiva que incumbe afrontar à Administração pública pelas ações de seus funcionários; e a repressão por esse dano, atribuída fundamentalmente ao Direito Penal. Sem esquecer que esta função não é exclusiva, como tampouco não deve deixar de ser ressaltada a desejável e importante função preventiva que também pode ser obtida através destes dois setores do ordenamento jurídico.

As facilidades de acesso ao feto como consequência das intervenções estudadas em Capítulos anteriores, assim como em relação com a prática de um aborto voluntário acolhido a algum dos casos permitidos pela lei revelam novas formas de agressão ou diversos aspectos que nem sempre se adaptam plenamente às previsões legais. Em tais casos pode ser necessário ter de deslindar a eventual responsabilidade do médico (ou outros especialistas ou profissionais sanitários ou parasanitários) por sua atuação errônea na realização do diagnóstico pré-natal ou na apreciação da indicação de sua realização. Não obstante, são imagináveis também outras hipóteses, nas quais não vamos nos ater aqui,⁹ na medida que não estão vinculados com práticas genéticas, como submeter a mãe gestante a tratamento medicamentoso nocivo para o feto, seja com fins curativos ou de realização de ensaios clínicos (experimentações), ou a radiações ou intervenções cirúrgicas; ou, por último, o embrião ou o feto são submetidos a intervenções genéticas ou a experimentação fora dos casos permitido ou das

pelo Grupo Popular da Câmara dos Deputados, exatamente por entender que não ficaram suficientemente protegidos determinados direitos fundamentais.

9. Disso me ocupei em trabalhos anteriores; v. p. ex., *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones juridico-penais*, "La Ley", 1987, cit., p. 7 e s.

condições estabelecidas pela lei, assim como quando isso se dá devido ao não cumprimento dos deveres de cuidado que são exigíveis à atividade desenvolvida no âmbito profissional. De alguns destes aspectos e de outros vamos nos ocupar a seguir, tanto desde a perspectiva civil como administrativa e penal.

2. Responsabilidade civil. Erros nos diagnósticos genéticos antenatais

A doutrina e a "praxis" anglo-saxônica¹⁰ – e mais recentemente também as alemãs,¹¹ francesas¹² e espanholas – apreciaram a existência de um dano suscetível de indenização econômica em casos de nascimentos de crianças com malformações hereditárias ou congênitas por não haver sido oferecida aos pais a realização de um diagnóstico genético pré-natal e o consequente conselho genético, quando estavam medicamente indicados por apresentar algum membro da família antecedentes de risco conhecidos; ou por haver sido realizadas erroneamente tais provas ou assessoramento. Leve-se em consideração, além disso, que o diagnóstico pré-natal é requisito prévio para que, em função dos resultados, a mulher possa recorrer ao aborto naqueles sistema jurídico nos que neste tema rege o sistema das indicações (indicação eugênica ou embriopática), como sucede no Direito espanhol (art. 417 bis 1.3.º). É previsível que estes litígios ampliem-se gradativamente a outros diagnósticos vinculados à apropriação e à prevenção de descendência com patologias graves (diagnósticos pré-conceptivo e pré-implantatório).

Manifestou-se criticamente contra esta corrente jurisprudencial,¹³ da que nos ocuparemos a seguir, como a expressão de um positivismo

10. V. Alexander M. CAPRON, *Tort Liability in Genetic Counseling*, em "Columbia Law Review", vol. 79, 1979, pp. 619 e ss.; Ian KENNEDY/Andrew GRUBB, *Medical Law. Text and Materials*, Butterworths, Londres, 1989, pp. 807 e ss.; Bartha KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, Law Reform Commission of Canada, Ottawa, 1991, 54 e ss. V. Também com abundantes referências à praxis judicial norte-americana, Ricardo, De ANGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad (I)* em "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 4, 1996, pp. 106 e ss.

11. V. Stephan CRAMER, *Pränatale. Diagnostik und Fetaltherapie*, em "Medizinrecht", 1992, pp. 14 e ss.

12. V. Michèle HARICHAUX, *Diagnostic prénatal: les obligations et les risques*, en "Vers un antidestin? Patrimoine génétique et Droits de l'humanité" (F. Gros y G. Huber, eds.) Editions Odile Jacob, Paris, 1992, pp. 441 e ss.

13. Que, como adiantava, encontrou também aceitação na jurisprudência alemã, partindo da comprovação da lesão de deveres relevantes para o direito de

jurídico desumano, por considerar que o nascimento de uma criança com defeitos genéticos constitui um mal, sendo que o ser humano é o centro do ordenamento jurídico.¹⁴

Com esta análise pretende-se ressaltar tanto os aspectos específicos da responsabilidade civil,¹⁵ quanto comprovar se em certas situações vinculadas ela o concebido (embrião ou feto) encontra-se desprotegido ou não e em que medida, assim como comprovar a particular incidência de lesões no feto que, não afetando sua viabilidade, manifestar-se-á na criança uma vez ocorrido o nascimento.¹⁶

A indenização do dano no âmbito do Direito Civil (pois também no Penal discute-se a incorporação da indenização do dano como instrumento específico penal), isto é, a substanciação da responsabilidade civil, requer a comprovação dos requisitos essenciais: 1. a culpa do sujeito demandado; 2. a produção real e efetiva de um dano traduzível economicamente; e, 3. a relação de causalidade entre os anteriores. A seguir vamos comprovar superficialmente a complexidade que representa a adaptação da casuística a esta estrutura da responsabilidade; de qualquer maneira não é inevitável pois do contrário pressuporia deixar à margem da responsabilidade jurídica as ações

indenização (como são a omissão de informação sobre a necessidade e possibilidade de um diagnóstico pré-natal; a demora culpável de um diagnóstico pré-natal medicamente indicado e possível num momento em que não será possível a realização do aborto, por ter sido superado o prazo legal estabelecido para sua prática; a omissão ou defeituosa informação sobre os resultados de um diagnóstico pré-natal; assessoramento incorreto sobre as possibilidades de um aborto legalmente indicado relacionado com o diagnóstico pré-natal) e do âmbito de proteção contratual. V. a respeito, CRAMER, *Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie*, cit. p. 18..., cit., p. 16.

14. CRAMER, *Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie*, cit., p. 18.

15. Mas são igualmente imagináveis fora do exercício profissional e em outras vias jurisdicionais, como põe em evidência, p. ex., o caso sentenciado pelo TS espanhol (s. 6 de dezembro de 1985) no qual uma mulher grávida realizou manobras abortivas (introduzindo na vagina um talo vegetal) com as quais conseguiu que se adiantasse o parto (a trinta e duas semanas da gravidez) e a criança morreu quatro dias após o nascimento por pneumopatia de membranas hialinas; o TS condenou pelo delito de aborto. V. um interessante comentário desta sentença feito por Elena FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, in "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1990, pp. 337 e ss.

16. V. FARRE TREPAT, *Sobre el concepto del aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, em "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", cit., pp. 339 e ss. (especialmente 354 e s.); Hans LÜTTGER, *Geburtsbeginn und pränatale Envwirkungen mit postnatalen Folgen*, em "Vorträge und Abhandlungen". Berlim, 1986, p. 139.

negligentes no contexto do conselho genético nas que, de um modo ou de outro, produziu-se um dano determinável e quantificável.¹⁷

1. No que se refere à culpa do médico, estes casos enquadram-se conceitualmente dentro da má "praxis" ou negligência e de acordo com os critérios sobre ela estabelecidos devem ser resolvidos: maior flexibilidade na valoração dos erros diagnósticos em geral, e carga da prova por parte do demandante sobre a negligência incorrida pelo profissional demandado. A respeito do diagnóstico pré-natal os erros em sua emissão podem consistir tanto em diagnosticar falsos negativos (o pressuposto, a deficiência, existe mas não é detectada), como em falsos positivos (o pressuposto não existe mas diagnostica-se erroneamente sua presença).

O erro pode consistir em primeiro lugar em não detectar anomalias que o feto realmente apresenta – falso negativo – e que como consequência do informe a mão decida continuar a gravidez, mas aquele nasça com deficiências graves.¹⁸ A consideração da responsabilidade civil neste tipo de negligências relaciona-se com o que se conhece na prática jurídica anglo-saxônica¹⁹ como ações por "wrongful life" (ou "wrongful entry into life"), que se refere a quando o filho nascido deforme – seus representantes legais – reclama ao médico porque sua negligência em informar adequadamente aos pais causou seu nascimento (baseada no direito a não nascer: "the right no to be born") ou seu nascimento com deficiências, e "wrongful birth", quando os pais reclamam ao médico por este haver-lhes informado erroneamente ou omitido dita informação sobre os riscos consideráveis de ter um filho com anomalias hereditárias ou congênitas, sem haver podido tomar a decisão de não ter descendência ou de abortar, ou mesmo por não haver recomendado a realização do diagnóstico pré-natal por existir antecedentes de tais riscos.²⁰ Pressupõe em último extremo uma

17. V. mais pormenorizadamente, Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad (II)*, in "Revista de Derecho e Genoma Humano", n. 5, 1996.

18. Fica excluída a imputação de qualquer classe de responsabilidade penal, pois não foi lesionado nenhum bem jurídico penalmente protegido e, por conseguinte, não é aplicável nenhum tipo penal.

19. V Thomas DeWitt ROGERS, *Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing*, in "South Carolina Law Review", vol 33., 1982, pp. 713 e ss., J. K. MASON/R.A. MacCALL SMITH, "Law and Medical Ethics", 2.^a ed., Butterworths, Londres, 1987, pp. 96 e ss. E na Alemanha, CRAMER, *Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie*, cit. p. 15.

20. Delas distinguir-se-ão as ações relativas a *wrongful conception* ou *wrongful-pregnancy*, *dissatisfied life* y *wrong death*. O primeiro destes casos já

falha no trabalho do conselho genético pré-conceptivo ou pré-natal, sempre que ao mesmo tempo dos fatos se dispusesse de conhecimentos científicos e procedimentos adequados para detectar a patologia manifestada. É certo que esta falha não fecha tão somente as portas do aborto eugênico, senão também a outras medidas com são a terapia pré-natal e em alguns casos a pós-natal.

A determinação da culpa no caso de um diagnóstico errôneo dependerá do tipo de enfermidade cuja existência se pretendia comprovar ou eliminar, da existência de procedimentos técnicos para sua detecção, assim como da maior ou menor dificuldade técnica da prova. em casos simples o próprio resultado pode constituir evidência da culpa.²¹ A ação diligente quando o especialista não dispõe – o centro em que presta seus serviços – de meios adequados para a realização das provas consiste em comunicar tal fato aos requerentes enviar-lhes ao centro idôneo, se há possibilidade. A ênfase está colocada na dificuldade técnica probatória da culpa quando esta se consistiu na não recomendação (omissão) aos consultantes da realização das provas diagnósticas apropriadas.²² A existência de riscos objetivos relevantes, evidentes ou conhecidos pelo profissional ou através dos próprios consultantes, seria prova suficiente de sua negligência, ficando os demais casos muito debilitados para a realização de uma prática probatória eficaz.²³

2. O estabelecimento do dano é especialmente problemático, assim como a valoração do mesmo. Em princípio, todo dano causado pelo comportamento do consultor deve ser indenizável.²⁴ Entendo que o dano existe desde o momento em que os consultantes tenham-se visto privados de tomar as decisões oportunas quando buscaram assessorar-

deu lugar a não poucos pronunciamentos da jurisprudência civil espanhola, freqüentemente condenatórios e se refere à produção da gravidez após uma intervenção cirúrgica de esterilização no varão ou na mulher, normalmente devido, mais do que uma intervenção incorreta, à recanalização espontânea dos condutos correspondentes, sobre cuja possibilidade não se informou à pessoa submetida à intervenção. V. sentenças de TS, 31 de janeiro de 1996, das AP de Pamplona de 3 de novembro de 1986, de Badajoz de 22 de abril de 1991, de Valencia de 20 de fevereiro de 1996, de Cáceres, de 23 de fevereiro de 1996. Embora estas intervenções em geral são medidas de planificação familiar, alheias a este trabalho, tenha-se em consideração que também se pode evitar ter filhos com patologias hereditárias transmitidas pelos pais.

21. Assim indica De ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad* (II), cit.

22. De ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad* (II), cit.

23. Em termos similares, De ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad* (II), cit.

24. KENNEDY/GRUBB, *Medical Law. Text and materials*, cit., p. 832.

mento, em cujo conjunto desempenha uma função determinante a informação sobre os resultados das diversas provas realizadas ou que poderiam ter sido realizadas. Isto acontece desta maneira com a transmissão de uma informação incorreta, por esta ser errônea em seu pressuposto – as análises genéticas – ou em sua interpretação ou exposição, ou ainda por haver privado os consultantes da mesma – por não haver proposto as provas indicadas para o caso.

Os efeitos concretos derivados da decisão adotada pelos consultantes, conseqüente da negligência do profissional consultado, também deverão ser levados em consideração e quantificados para a valoração do dano ressarcível,²⁵ tanto se são estes que reclamam em seu próprio nome, como se o fazem, eles ou terceiros legitimados processualmente, em representação do filho nascido. Aquele não estará constituído pelo custo de manutenção do filho, pois o nascimento enquanto tal não pode ser entendido como um dano, nem para ele mesmo nem para seus pais; não se pode ponderar a vida de uma pessoa com deficiências com a não existência.²⁶ Assim sendo, o dano virá determinado em função das cargas econômicas suplementares derivadas do tratamento – em sentido amplo, incluída a ortopedia, reabilitação, educação especial, etc. – da deficiência que afete o filho nascido; mas também serão compensados os danos morais vinculados ao sofrimento (do filho) e as limitações que sua atenção especial comporta, quando a demanda tenha sido formulada pelos pais. O conjunto de todos os danos deverá fixar-se globalmente e de uma só vez, e não em forma de pensão.

3. A questão da relação de causalidade entre a negligência do consultor (ou do biólogo analista) e o nascimento de uma criança com deficiências diagnosticadas foi formulado de forma contraposta.²⁷ Não há dúvida de que o comportamento negligente do profissional não é a causa da patologia do filho,²⁸ mas impediu que os consultantes pudessem ter adotado as medidas preventivas correspondentes para evitar a descendência com graves deficiências. É certo que na “praxis” judicial comparada a demonstração da relação de causalidade é mais problemática quando os demandantes formulam a questão de haverem podido optar por não procriar ou pelo aborto se tivessem sido informados corretamente. Neste caso estamos ante processos causais

25. KENNEDY/GRUBB, *Medical Law. Text and materials*, cit., p. 831.

26. Neste sentido, KENNEDY/GRUBB, *Medical Law. Text and materials*, cit., p. 827.

27. HARICHAUX, *Diagnostic prénatal: les obligations et les risques*, cit. p. 446 para quem as incertezas sobre a relação de causalidade inerentes à Medicina preditiva constituem um obstáculo para a indenização; não obstante, cita sentença contrária a esta tese.

28. V. KENNEDY/GRUBB, *Medical Law Text and materials*..., cit., p. 819.

não verificáveis – ou hipotéticos – que, enquanto tais, não são suscetíveis de verificação.²⁹

No Direito espanhol seria possível substanciar esta responsabilidade promovida pelos pais – já existe alguns pronunciamentos judiciais ao respeito – ou pelo filho, em atenção aos arts. 1101 e ss. e 1902 do Código Civil.

No primeiro caso foi resolvido um conflito de jurisdição, mas o fundo versa sobre o tema que nos ocupa agora: “As pretensões indenizatórias exercidas por Antônio E. G. frente ao *Servicio Valenciano de Salud, a Tesoreria Territorial de la Seguridad e el Instituto Nacional de la Salud*, tiveram como base fática os danos e os prejuízos ocasionados por uma assistência médica hipoteticamente defeituosa que impediu a interrupção da gravidez de sua esposa, Dona Pilar P, ocasionando desta forma o nascimento de sua filha Esther, afetada pela deficiência conhecida como Síndrome de Down, ou seja, a indenização objeto de reclamação era consequência de uma suposta má “praxis” médica que se consistiu na omissão de determinada prova diagnóstica, que teria possibilitado o conhecimento do problema fetal e propiciado a prática de um aborto eugênico”.³⁰

Um caso similar foi resolvido com a condenação do INSALUD por não haver sido realizado dentro do prazo legal um segundo diagnóstico pré-natal, tendo sido falho o primeiro, que teria permitido à gestante recorrer ao aborto eugênico, e deu à luz um filho com síndrome de Down.³¹

Finalmente, em outro caso, o juiz converteu a absolvição frente à demanda apresentada pelos pais por um diagnóstico pré-natal errôneo, pois não apreciou nele a infração da “lex artis” por parte dos profissionais demandados.³²

Se o erro diagnóstico consiste em assegurar a presença de malformações realmente inexistentes – falso positivo – que conduzem a que outro médico pratique o aborto de acordo com a lei (hipótese

29. De ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos prenatales y responsabilidad (II)*, que argumenta que, no caso do diagnóstico pré-conceptivo, é possível pensar que os consultantes, embora tenham solicitado o diagnóstico correspondente, não tenham decidido procriar por ter recebido a informação correta e não um diagnóstico falso negativo; enquanto que considera, no diagnóstico pré-natal, que, quando a ação é exercida pela mãe, é necessário, porém não suficiente, que ela pudesse ter abortado legalmente, sempre que o tivesse feito.

30. TS (Sala de Conflitos), Auto de 23 de dezembro de 1993.

31. Sentença de 1.º de junho de 1994, do Tribunal Superior de Justiça de Madrid (Sala de lo Social).

32. Sentença de 26 de setembro de 1994, do Juizado de Primeira Instância n. 11 de Bilbao.

infrequente, já que o ditame deve ser emitido por dois especialistas), formula-se a questão de se o que emitiu o ditame incorre num aborto culposo ou imprudente, do que nos ocuparemos mais abaixo. Em qualquer caso, cabe a possibilidade de incorrer em responsabilidade civil, e neste caso os elementos da mesma seriam mais facilmente demonstráveis (o dano basear-se-ia na perda do filho como consequência do aborto; na relação de causalidade, no ditame, condição indispensável para poder praticar aquele de acordo com a lei; e na culpa pela emissão negligente do ditame errôneo), e de igual modo conduz-se a decisão por parte do consultante de submeter-se à esterilização.

Por último, se em alguns dos casos analisados ocorre a produção de um dano no feto ou na mãe, ficaria aberta, por conseguinte, a possibilidade de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, sem desconsiderar sua possível adequação a um tipo penal.

3. Infrações e sanções administrativas

O controle e a prevenção da realização de algumas ações relacionada ao genoma humano não desejáveis comporta a declaração legal de sua licitude. Esta pode manter-se como ilícito administrativo como um primeiro passo, reservando os comportamentos mais graves para os bens jurídicos para o ilícito penal. Partindo da constatação de que a diferença entre ambas as modalidades de ilícito é de caráter quantitativo, e não material substancial, a questão radica-se na decisão de que comportamentos devem configurar-se como infrações administrativas e quais como delitos penais. Os critérios de ajuda virão em grande medida proporcionados em atenção às funções específicas que correspondem a cada um destes setores do ordenamento jurídico e, em particular, à delimitação dos bens jurídicos comprometidos nestas ações, à ponderação das necessidades de proteção dos mesmos e das condutas que podem lesioná-los ou colocá-los em perigo. Sem desprezar o reconhecimento de que a visão completa só pode ser lograda uma vez retomados os princípios básicos que levam à intervenção do Direito Penal, o que faremos a seguir é assinalar em abstrato os resultados destas valorações sem ter como referência analítica um ordenamento jurídico concreto. Por isso vamos centrar-nos agora no Direito espanhol.

Em primeiro lugar devemos referir-nos ao longo catálogo de infrações administrativas (graves ou muito graves), com suas correspondentes sanções que incluiu a Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida (art. 20). As diversas infrações

podem ser classificadas em vários grupos: a) relativas ao não cumprimento de prescrições de índole administrativo-sanitária; b) vulneração dos direitos ou interesses das pessoas implicadas nestas técnicas (usuárias ou doadoras); c) relativas à proteção do material biológico humano (gametas e pré-embriões); d) realização de práticas de reprodução assistida desviadas dos fins que prevê a Lei; e, e) manipulações genéticas. É necessário levar em consideração também o fato de que a Lei se remete ao regime de infrações e sanções da Lei Geral de Saúde de 1986 (arts. 32 a 37).

Estas são as infrações que prevê a Lei 35/1988: A) infrações graves: a) o não cumprimento dos requisitos regulamentativos de funcionamento dos Centros Sanitários e Equipes Biomédicas. b) A vulneração do estabelecido pela Lei Geral de Sanidade, pela presente Lei e pelas normas de desenvolvimento, no tratamento dos usuários destas técnicas pelas equipes de trabalho. c) A omissão de dados, consentimentos e referências exigidas pela presente lei, assim como a não realização da História Clínica. B) Infrações muito graves: a) Fecundar óvulos humanos com qualquer fim distinto da procriação humana. b) Obter pré-embriões humanos por lavagem uterina para qualquer fim. c) Manter "in vitro" os óvulos fecundados e vivos, além do décimo-quarto dia seguinte ao que foram fecundados, descontando desse tempo o que pudessem haver estado criopreservados. d) Manter vivos os pré-embriões, com o fim de obter deles mostras utilizáveis. e) Comercializar com pré-embriões ou com suas células, assim como sua importação ou exportação. f) Utilizar industrialmente pré-embriões, ou suas células, se não for com fins estritamente diagnósticos, terapêuticos ou científicos nos termos da Lei ou das normas que a desenvolvam, e quando tais fins não possam ser alcançados por outros meios. g) Utilizar pré-embriões com fins cosméticos ou semelhantes. h) Mesclara sêmen de distintos doadores para inseminar uma mulher ou para realizar FIVTE, assim como utilizar óvulos de distintas mulheres para realizar uma FIVTE ou a TIG. i) Transferir ao útero gametas ou pré-embriões sem as exigíveis garantias biológicas do de viabilidade. j) Revelar a identidade dos doadores fora dos casos excepcionais previstos pela Lei. K) Criar seres humanos idênticos, por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça. l) A criação de seres humanos por clonagem ou qualquer outra das variantes ou qualquer outro procedimento capaz de originar vários seres humanos idênticos. m) A partenogênese, ou estimulação ao desenvolvimento de um óvulo, por meios térmicos, físicos ou químicos, sem que seja fecundado por um espermatozóide, o qual dará lugar somente à descendência feminina. n) A seleção do sexo ou a manipulação genética com fins não terapêuticos ou terapêuticos não autorizados. o) A criação de pré-embriões de pessoas do mesmo sexo, com fins reprodutores ou

outros. p) a fusão de pré-embriões entre si ou qualquer outro procedimento dirigido a produzir quimeras. q) O intercâmbio genético humano, ou recombinação com outras espécies, para a produção de híbridos. r) A transferência de gametas ou pré-embriões humanos no útero de outra espécie animal, ou a operação inversa, que não estejam autorizadas. s) A ectogênese ou criação de um ser humano individualizado no laboratório t) A criação de pré-embriões com espermatozoides de indivíduos diferentes para sua transferência ao útero. u) A transferência ao útero, em uma mesma ocasião, de pré-embriões originados com óvulos de distintas mulheres. v) A utilização da engenharia genética e outros procedimentos, com fins militares ou de outra índole, para produzir armas biológicas ou exterminadoras ou experimentações que não se ajustem aos termos desta Lei ou das normas que a desenvolvam.³³ conforme o CP de 1995, as infrações contidas nas letras a), k), l) e v) do apartado 2.B são suprimidas,³⁴ enquanto que estas condutas passam a ser delito neste Código, e a redação da infração da letra r) foi ampliada.³⁵

Por sua vez, a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, de doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos, inclui as seguintes infrações: A) Graves: a) O não cumprimento dos registros regulamentários de funcionamento dos centros sanitários e equipes biomédicas. b) A omissão dos dados, informações, consentimentos e autorizações exigidas pela presente Lei. B) Muito graves: a) A realização de qualquer ação dirigida a modificar o patrimônio genético humano não patológico. b) A criação e manutenção de embriões ou fetos vivos, no útero ou fora dele, com qualquer fim distinto ao da procriação. c) A doação e utilização de embriões, fetos ou células,

33. Para as infrações específicas que prevê a Lei 35/1988, são aplicáveis as sanções estabelecidas pela "Ley General de Sanidad", de 500.001 a 2.500.000 pesetas pelas infrações graves, e de 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas para infrações muito graves, podendo exceder em ambos os casos a referida quantidade até alcançar o quádruplo do valor dos produtos ou serviços objetos da infração (art. 36.1) As infrações muito graves podem dar lugar, além disso, ao fechamento temporário do estabelecimento, instalação ou serviço por um período máximo de cinco anos, sendo competentes para isso o Conselho de Ministros ou os Conselhos de Governo das Comunidades Autônomas que tenham competência sobre estas matérias (art. 36.2).

34. Segundo estabelece a Disposição final terceira, 1. 1.º.

35. O novo texto reza assim: "A transferência de gametas ou pré-embriões humanos para o útero de outra espécie animal ou a operação inversa, assim como *as fecundações entre gametas humanos e animais* que não estejam autorizadas" (Disposição Final Terceira, 1.1.º; o texto sublinhado é a parte nova introduzida). Sobre esta lei, o CP de 1995 indica também o seguinte: "O art. 21 do Capítulo VII da Lei 35/1988 sobre Técnicas de Reprodução Assistida, passará a ser o art. 24" (Disposição Final Terceira, 2).

tecidos ou órgãos para fabricação de produtos de uso cosmético. d) A extração de células ou tecidos de embriões em desenvolvimento, da placenta ou suas camadas, ou do líquido amniótico, se não for com fim de diagnóstico pré-natal. e) A experimentação com embriões ou fetos vivos, viáveis ou não, salvo que se trate de embriões ou fetos não viáveis, fora do útero e exista um projeto de experimentação aprovado pelas autoridades públicas a que corresponda ou, se assim preveja a Comissão Nacional de Seguimento e Controle (art. 9.2.).

O legislador espanhol renunciou então à introdução de novas figuras delituosas em ditas leis ou no CP com o propósito de castigar penalmente algumas condutas relacionadas às técnicas que regula, mas já naquele momento pareceu incorreto tal critério político-criminal. Certamente algumas das infrações muito graves estabeleciam a dúvida a respeito de que instrumento jurídico seria apropriado utilizar (penal ou administrativo).³⁶ Dúvidas de semelhante teor despertou a Sei de utilização de embriões, com a conversão em delito da infração referente à realização de qualquer ação dirigida a modificar o patrimônio genético humano não patológico (art. 9.2.B.a). Nada obstante, o CP de 1995 – depois da fracassada tentativa do Projeto do CP de 1992 – deu resposta a estas lacunas punitivas ou exigências político-criminais, nos termos que veremos mais abaixo.

No que se refere à utilização confinada, liberação voluntária e comercialização de organismos modificados geneticamente, apresenta-se um risco duplo:³⁷ a) para a vida e a saúde dos investigadores dos laboratórios e dos trabalhadores das indústrias com exposição aos agentes biológicos; b) para a saúde coletiva e para o meio ambiente como consequência da liberação não controlada de microorganismos modificados geneticamente. Por outro lado, a introdução no meio ambiente de animais e plantas modificados geneticamente pode supor um grave risco para o equilíbrio ecológico. A prevenção de tais riscos comporta a adoção de estritas medidas preventivas de segurança e a sanção por parte da autoridade administrativa das condutas que não a respeitem, inclusive com possibilidade de recorrência ao Direito Penal.

Em relação aos microorganismos a Lei espanhola 15/1994, de 3 de junho, estabelece também várias infrações administrativas.

Destas infrações mencionamos agora as graves: a) A execução de atividades de utilização confinada realizadas com organismos modificados geneticamente de baixo risco com fins industriais ou comerciais,

36. Desta forma, em concreto, as infrações do art. 20, 2.B. a, k, l, m, n (em seu segundo inciso), o, p, q, r, s, t, u, v.

37. Como aponta Ferrando MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche* em "Digesto", vol. VII, 4.^a ed., Utet, Turim, 1993, p. 7 (separata).

sempre que não respeitem as condições ou períodos estabelecidos conforme o art. 9.2. b) A realização sem a devida autorização administrativa de atividades de utilização confinada realizadas com organismos modificados geneticamente de alto risco. c) O não cumprimento das condições impostas na autorização administrativa. d) O não cumprimento da obrigação de informar à administração nos casos estabelecidos nesta lei. e) A falta de aplicação das medidas de confinamento e de segurança e higiene no trabalho. f) A falta de colaboração no trabalho de inspeção e vigilância da Administração competente. g) A ocultação ou falseamento de dados, assim como a negativa a ministrar a informação solicitada pela Administração competente ou a demora intencional na provisão de dita informação. h) O não cumprimento de quaisquer outros requisitos, condições ou proibições que para cada atividade estão estabelecidos, ou a omissão dos atos a que obriga. i) A reincidência na comissão de infrações leves nos últimos seis meses. Infrações muito graves: a) A realização de atividades de liberação voluntária e comercialização sem a devida autorização administrativa. b) A reincidência na comissão de faltas graves nos últimos três anos. c) O não cumprimento do dever de informar imediatamente à Administração competente a existência de um risco ou dano ocorrido por qualquer tipo de acidente ou incidente. d) A falta de cumprimento das medidas previstas no plano de emergência nos casos assinalados no número anterior (art. 26.3 e 4, respectivamente). Algumas destas infrações podem dar lugar, ao mesmo tempo, a um delito, freqüentemente contra o meio ambiente.³⁸

A este respeito o CP de 1995 prevê um delito de perigo concreto para a vida, a integridade física ou a saúde das pessoas ou do meio ambiente na manipulação, transporte ou posse de organismos,³⁹ que, deve-se entender, compreende os microorganismos manipulados geneticamente;⁴⁰ deve-se levar em conta também o fato de que foram omitidos

38. Embora não o considere necessário, a própria Lei prevê a eventualidade de que o fato comporte, ao mesmo tempo, uma infração administrativa e algum delito, com o fim de evitar infringir o princípio *non bis in idem* (art. 26.1 e art. 29).

39. O art. 349, dentro dos delitos de risco catastrófico (Cap. I), delitos contra a segurança coletiva (Título XVII do livro I), diz: "Os que na manipulação, transporte ou posse de organismos desobedecerem as normas ou medidas de segurança estabelecidas, pondo em concreto perigo a vida, a integridade física ou psíquica ou a saúde das pessoas, ou o meio ambiente, serão castigados com as penas de prisão de seis meses a dois anos, multa de seis a doze meses, e inabilitação especial para o emprego ou cargo público, profissão ou ofício por tempo de três a seis anos".

40. Suscita-se a dúvida de até que ponto abarca este delito os perigos derivados de animais ou plantas modificados geneticamente, aos quais fizemos alusão mais acima. O delito do art. 333 – também do CP de 1995 –, relativo à proteção da fauna e da flora, formula um problema similar.

indevidamente outros comportamentos de grave risco, como são a liberação e a comercialização dos mesmos microorganismos manipulados, que poderiam integrar outros tipos penais do mesmo Código.⁴¹

4. Responsabilidade penal: necessidades de política criminal

4.1. Critérios político-criminais gerais

4.1.1. A necessidade da vinculação aos princípios de intervenção do Direito Penal contemporâneo

Num tema tão novo como o que nos ocupa, a intervenção do Direito Penal deve ser regida de acordo com seus princípios reitores tradicionais, mas da maneira como estes são concebidos na atualidade,⁴² isto é, atender à função do DP e aos princípios de intervenção mínima e "ultima ratio".⁴³ No entanto, na ainda escassa atividade legislativa comparada abundam exemplos de tendência oposta.⁴⁴ Neste tema é de suma importância manter-se fiel aos princípios de que ao Direito Penal segue cabendo a exclusiva tarefa de proteção de bens jurídicos, ou seja, dos bens, valores e interesses fundamentais pertencentes ao indivíduo e à comunidade, frente às condutas que os lesionem ou ponham-no em perigo, sempre que impliquem ao mesmo tempo uma infração grave das normas ético-sociais vigentes na sociedade em um momento determinado. O recurso ao DP deve ser reservado então, para

41. Assim, o art. 325, dentre os delitos contra os recursos naturais e o meio ambiente (Cap. III, do Título XVI).

42. Sobre o que segue, V. mais amplamente José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 5.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 13 e ss.

43. Neste sentido, GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, p. 221; Raimo LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report*, em "Revue Internationale de Droit Pénal", v. 95, 1988, p. 611; Jaime M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 71 e ss. Neste sentido, GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, p. 221; Raimo LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report*, em "Revue Internationale de Droit Pénal", v. 95, 1988, p. 611; Jaime M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 71 e ss.

44. Com efeito, tanto a Lei alemã sobre Proteção de Embriões, de 13 de dezembro de 1990, como a lei francesa relativa à Procriação Medicamente Assistida e o Diagnóstico Prenatal, de 1994 (n. 654), contêm numerosos delitos e a última delas, condutas que deveriam ter-se mantido dentro do ilícito administrativo, em particular as infrações de natureza procedimental.

os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos de especial importância e unicamente quando seja estritamente necessário por serem insuficientes outros instrumentos jurídicos não penais (Direito Administrativo, Civil, etc.).

Por conseguinte, também em relação às ações no genoma humano devem ser mantidos estes critérios, de modo que em numerosas ocasiões a intervenção do DP será acessória ou inexistente, por serem detectados motivos para isso, especialmente se outros setores do ordenamento jurídico podem satisfazer plenamente as necessidades de proteção de bens ou interesses ou de limitação das atividades não desejáveis; ao contrário, a recorrência ao DP será inevitável – mas sempre excepcional – quando se trate de condutas particularmente graves frente a bens ou valores dignos de uma proteção reforçada. Por conseguinte, e como assinalava anteriormente, o primeiro filtro limitador e sancionador deve ser obtido das leis que regulamentam, limitam e sancionam os procedimentos vinculados à reprodução assistida (não esta em si mesma), à engenharia genética e à utilização de gametas e embriões humanos com fins de investigação, assim como de microorganismos modificados geneticamente; no caso espanhol pelas Leis sobre Técnicas de Reprodução Assistida⁴⁵ e de Doação, Utilização de embriões ou fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos,⁴⁶ e Utilização confinada, Liberação voluntária e Comercialização de organismos modificados geneticamente.⁴⁷ A mesma função filtradora corresponde à reparação civil do dano produzido.⁴⁸

De qualquer maneira, apesar de serem conceitualmente claros estes critérios, na prática são de difícil concreção, já que devem refletir as concepções ético-sociais vigentes na comunidade em relação às diversas derivações e conseqüências das descobertas e atuações no genoma humano. Por outro lado, perspectivas diversas sobre a concepção do DP – ainda partindo do núcleo comum recém exposto – podem provocar o adiantamento ou retardamento de sua intervenção. Assim sendo, se é acentuada sua função preventiva, atendendo à racionalidade do fim (concepção utilitária), pode dar lugar à criminalização de condutas que constituem um perigo para os bens jurídicos que se pretendem proteger, inclusive quando tal perigo é meramente potencial, sem necessidade de que haja sido produzido no caso concreto (delitos de perigo abstrato); enquanto que a orientação à racionalidade

45. Lei 35/1988, de 22 de novembro.

46. Lei 42/1988, de 28 de dezembro.

47. Lei 15/1994, de 3 de junho.

48. V. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, pp. 183 e s.

dos valores, enfatizará nos direitos e bens do indivíduo e nos ideais de humanidade e justiça,⁴⁹ o que facilitará uma contenção da criminalização. Outros setores apelam para a função simbólica do DP, nestes casos como reforço moral frente a condutas desviadas, ou à função declaratória, afirmando os limites da intolerância da sociedade.⁵⁰ Por fim, e também em relação às ciências biomédicas, desejou-se destacar a função reguladora do DP, antepondo-a à sancionadora (esta mesma cumpriria aquela função reguladora), de modo que determinadas condutas não estariam criminalizadas diretamente e sim autorizadas sob o certas condições e procedimentos, cuja infração poderia dar lugar à criminalização, de maneira semelhante ao que sucede com o Direito Penal econômico.⁵¹

Os anteriores pontos de vista confirmam a complexidade e dificuldade para encontrar critérios político-criminais adequados, mas ao mesmo tempo trazem a tona o risco de expansão do DP e de apartação de sua função essencial e dos princípios de intervenção, o que consideramos um desvio indesejável, da mesma maneira que é indesejável o distanciamento deste dos mencionados ideais de justiça e humanitarismo. Por conseguinte, uma vez estabelecido este marco, para poder seguir avançando dizíamos que é preciso detectar e delimitar os bens jurídicos ou valores ou interesses podem ver-se afetados pelas intervenções no genoma humano; unicamente depois de haver conseguido esta identificação é possível analisar as condutas que podem atentar contra aqueles, medir sua gravidade e adotar a decisão político-criminal oportuna. Em qualquer caso, não se pode aspirar a soluções definitivas, primeiro porque ainda não são suficientemente conhecidos os resultados a que podem dar lugar as aplicações – algumas ainda não praticáveis – derivadas do conhecimento sobre o genoma humano; em segundo lugar, porque o que na atualidade pode mostrar-se indesejável e desviado pode não ser percebido assim no futuro, em particular se são evitáveis os efeitos não desejáveis. Por outro lado, deve-se levar em consideração o fato de que numerosas manipulações genéticas descritas na literatura científica são admitidas como possíveis desde uma perspectiva teórica ou hipotética, não sendo ainda tecnicamente realizáveis, o que suscita a questão referente à conveniência do adiantamento do Direito Penal, em sua função preventiva, em relação à manifestação dos fatos.

49. V. sobre estes questionamentos, LAHTI, *Criminal Law and Modern Biomedical Techniques. General Report*, cit., p. 611.

50. V. LAHTI, *lug cit.*, p. 612.

51. V. LAHTI, *lug cit.*

4.1.2. Os bens jurídicos implicados: recapitulação

Ao longo dos capítulos anteriores foram sendo mostrados os bens jurídicos que podem ver-se afetados pelas investigações sobre o genoma humano e as aplicações dos conhecimentos derivados de tais investigações. Nossa tarefa agora seria detectar quais são os bens jurídicos implicados pelas intervenções no genoma humano e que tipo de proteção recebem no ordenamento jurídico, com o fim de poder assinalar mais adiante quais são as carências, assim como decidir a que instrumentos jurídicos deve recorrer para garantir sua adequada proteção, segundo sua importância e as formas de agressão que podem experimentar, sem que, como assinalamos acima, o recuso ao Direito Penal seja sempre necessário. Podem ver-se afetados bens jurídicos, interesses ou valores individuais ou coletivos. Por conseguinte vamos agora mencionar quais são.⁵²

As correntes humanistas das últimas décadas deram especial atenção ao reconhecimento da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade como valores individuais do ser humano de primeira grandeza,⁵³ valores que freqüentemente aparecem como pano de fundo em numerosos aspectos concernentes à genética humana. A Constituição espanhola de 1978 incorporou-os de forma expressa no art. 10.1: "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social". O recurso freqüente, indiscriminado e talvez abusivo a estes valores, somado aos descuidos do estudo de seu valor e função precisa no conjunto do texto constitucional, não deve fazer com que percamos a perspectiva de sua importância intrínseca. Basta com que se ressalte aqui sua função de projeção sobre os demais direitos fundamentais e liberdades públicas que a Constituição espanhola acolhe (como de modo semelhante pode operar-se em outras Constituições de similar estrutura), de modo que aqueles permitem dar a estes um melhor sentido interpretativo de coesão mais do que concebê-los (a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade) como direitos fundamentais autônomos seria fazer um mal balanço do exposto na Carta Magna.⁵⁴ Por outro lado, o princípio

52. V. sobre o particular, mais amplamente, ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., pp. 187 e ss.

53. V. Carlos Maria ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pp. 44 e ss. e 67 e ss.

54. V. neste sentido, José M. VALLE MUÑIZ/Marisé GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, em "Poder Judicial", n. 26, 1992, pp. 126 e s. V. sobre a questão, Regino, MATEO PARDO.

de igualdade em face da lei, mas sobretudo, sua derivação de não discriminação (por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social, segundo o art. 14 da Constituição espanhola) elevam-se também a um primeiro plano pela potencialidade discriminatória que podem propiciar algumas aplicações derivadas do conhecimento do genoma humano.

A maior parte dos bens jurídicos de titularidade individual que podem ver-se implicados pelas ações no genoma humano encontraram um reconhecimento expresso por parte das constituições modernas e das declarações e convênios internacionais relativos aos direitos humanos; o próprio DP conferiu-lhes tradicionalmente uma especial proteção. Assim acontece com a vida humana, com a integridade pessoal (física e mental), com a liberdade de decisão ou autodeterminação e com a intimidade, bens jurídicos que gozam de proteção penal direta frente a quase todas as mais importantes formas de agressão aos mesmos. No entanto, como tentaremos demonstrar a seguir, nem sempre acontece dessa maneira. Outros bens jurídicos experimentaram uma flutuação quanto a sua proteção, mas, nos últimos anos, a ênfase vem sendo posta na necessidade de intensificar aquela, em vista de novas formas de agressão impensáveis anteriormente ou pareciam sem importância, como é o caso da vida e da integridade corporal e psíquica (futura) do concebido.

Junto aos anteriores bens jurídicos individuais vão-se perfilando outros de caráter coletivo, ou que apresentam esta projeção supra-individual autônoma que afeta diversos aspectos da espécie humana, e por tal razão diferente dos concretos interesses individuais comprometidos. Sobre estes bens jurídicos já discorri suficientemente mais acima,⁵⁵ restando-me agora a tarefa de enumerá-los: 1. a inalterabilidade

La "dignidad de la persona humana y su significación en la Constitución española de 1978 através de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" em "Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez", Universidad de Cantabria, 1992, pp. 341 e ss. (pp. 348 y ss.). V., não obstante, Ferrando MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela* em "Rev. Der. Gen. H.", n. 1, 1994, pp. 93 e ss. e o "Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale" de 1992, na Itália, que prevê um título (o IV) que acolhe a dignidade do ser humano como bem jurídico autonomamente tutelado, entre os quais se encontra um capítulo dedicado aos delitos "contra a identidade genética" (art. 65). V. o texto completo deste Schema em "L'Indice Penale", n. 3, 1992, pp. 579 e ss. (642 e s.) e comentários de PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 210 e ss.

55. V. Capítulo IV, 5, V. também, ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit. pp. 203 e ss.; o mesmo, já anteriormente, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, em "Folia Humanística", n. 276, 1986, p. 6 Também em favor desta configuração e distribuição, PERIS

e intangibilidade do patrimônio genético não patológico do ser humano, para garantir a integridade e diversidade da espécie humana; 2. a identidade e irrepetibilidade característica de todo ser humano, como garantia da individualidade e a condição de ser único e distinto dos demais; 3. a dupla dotação genética, da linha genética masculina e feminina; 4. a sobrevivência da espécie humana.

4.2. Condutas de intervenção no genoma humano com perigo ou lesão para os bens jurídicos

Uma vez identificados os bens jurídicos dignos de proteção, é preciso comprovar quais são as condutas que podem lesioná-los de forma grave ou colocá-los em perigo frente aos quais seja necessária a configuração de delitos. Só vale a pena referir-nos aqui às condutas que supõe uma intervenção no genoma humano mesmo que estas não comportem em sentido estrito uma modificação no mesmo (como acontece com as análises genéticas). Por outro lado, segundo o critério aqui proposto, grande número das intervenções no genoma recaem sobre o embrião pré-implantatório, ainda que com isso sejam afetados outros bens jurídicos; nada obstante, é preciso efetuar um estudo prévio da resposta penal às agressões de podem ser objeto o embrião ou o feto, como desenvolvimento e concreção dos critérios de proteção que formulei anteriormente.⁵⁶

4.2.1. Alguns problemas específicos em relação ao embrião e ao feto humanos

As reflexões e problemas apontados nos capítulos anteriores mostram certa insuficiência das legislações atuais para proteger o concebido nos diversos estágios de seu desenvolvimento, incluídas as manipulações genéticas que recaiam sobre ele ou sobre os gametas ou o zigoto, em particular se vão ser utilizados com fins de reprodução. O delito de aborto não responde satisfatoriamente às novas formas de agressão contra o embrião ou o feto que em épocas anteriores eram

RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 108. V. ainda a interessante e fundamentada contribuição de VALLE MUNIZ/ GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, pp. 119 e ss. (128).

56. V. Cap. V, 4.3. V. também, Carlos Maria ROMEO CASABONA, *"El Estatuto del embrión y del feto" Ética da Vida: Concepções e Debates*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 1996. pp. 131 e ss.

inconcebíveis ou incomuns. No entanto, como já assinalai, nem toda agressão deve ser objeto de resposta jurídica, muito menos mediante reação penal. Por outro lado, parece imprescindível determinar claramente a partir de que instante desde o início da gestação deve ser substanciada essa proteção, pois há razões biológicas, às que se somam outras de componente ético e jurídico, que marcam uma diferença entre o momento da concepção e fases posteriores, como é, concretamente, a da culminação da anidação, isto é, os catorze dias depois daquela.⁵⁷ A esse momento biológico já estão sendo vinculadas algumas limitações e proibições. Recordemo-nos que esta orientação de proteção está também presente nas leis espanholas sobre Doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos e sobre Técnicas de Reprodução Assistida em relação ao embrião "in vitro", ainda que de modo parcial e poderíamos agregar que insuficiente, ao menos em alguns aspectos por elas abordados.

a) O embrião pré-implantatário: proteção do futuro ser e da espécie humana

Do mesmo modo costuma-se urgir sobre a necessidade de outorgar alguma forma de proteção jurídica, incluída em casos extremos a penal, ao embrião obtido "in vitro" ainda não transferido a uma mulher e implantado em seu endométrio com o fim de prevenir as manipulações (ou algumas delas: as que não estão dirigidas a seu próprio benefício – diagnósticas e terapêuticas – com o propósito de sua posterior transferência) de que pode ser objeto; é certo que muitas vezes isso ocorre com falta de coincidência na argumentação, mas com a consequência de que o âmbito do punível amplia-se ou reduz-se, seja por entender que aquele merece proteção por si mesmo, seja por ver-se afetada a possibilidade do livre desenvolvimento da pessoa futura⁵⁸ ou ainda interesses relativos à própria humanidade enquanto tal. Em qualquer caso as propostas de proteção penal – direta ou indireta – do embrião pré-implantatário não pressupõem necessariamente uma contradição com os sistemas legais de despenalização do aborto voluntário, sobretudo se é perfilado corretamente o bem jurídico que

57. V. mais extensamente sobre a questão ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 147 e ss.

58. VALLE MUÑIZ / GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal...*, cit., pp. 123 e ss. (especificamente, pp. 125 e ss. e 132 e ss.), mantêm uma postura restritiva. Ao contrário, a Lei alemã de Proteção de Embriões destaca-se por uma ampla cobertura penal até certo ponto censurável.

realmente se pretende proteger. Nada obstante, parece existir consenso entre os juristas sobre a proibição da obtenção de embriões "in vitro" com fins distintos aos da procriação, assim como a proibição de transferir a uma mulher um embrião pré-implantatório que tenha sido submetido previamente a quaisquer destas manipulações (ou seja, não dirigidas a seu próprio interesse diagnóstico ou curativo)⁵⁹ ou permitir seu desenvolvimento "in vitro" ou extracorporal além dos catorze dias,⁶⁰ além de outras já propostas mais acima. Insistamos uma vez mais em que esta barreira tripla constitui um autêntico muro de contenção frente a um bom número de manipulações genéticas não desejáveis, correspondendo em concreto às duas últimas o objetivo prioritário de impedir o nascimento de um ser humano manipulado. Portanto a configuração de novos tipos penais dever responder a este propósito, excluindo deste âmbito – ainda que não do administrativo – qualquer outra forma de proteção direta do embrião viável não implantado.

b) Intervenções fetais e provocação da morte do feto

Vejamos a seguir as intervenções no feto que podem afetar sua integridade corporal ou psíquica, coisa cada vez mais factível. Assim, formulamos anteriormente o caso da prática de um aborto tendo como pressuposto um ditame errôneo por parte do especialista (falso positivo) ao realizar o diagnóstico pré-natal. A situação seria a de um comportamento (prévio) negligente (o do especialista) que emite o ditame) que provoca a realização do aborto doloso por um terceiro (o médico ou profissional sanitário que o realiza) que observou seus próprios deveres de cuidado, ao cumprir o ditame emitido por aquele, salvo que tenha indícios de sua incorreção (princípio de confiança). Este é

59. V. ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, cit. p. 288; Alberto SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, in "Bioética", vol. 4, n. 1, 1996, p. 19; Carlos M. ROMEO CASABONA, *La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos*, em "Eguzkilore" "Cuaderno del Instituto Vasco da Criminologia de San Sebastián, n. 5, 1992, pp. 151 e ss.; Hans Ludwig SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, em *Medizinrecht – Psychopathologie-Rechtsmedizin* (eds. H. Schütz, H. J. Kaatsch, H. Thomsen) Springer Verlag, Berlim, 1991, p. 127; VALLE MUÑIZ/GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 134, embora considerem que não esteja justificada a intervenção penal.

60. Limitações já estabelecidas pela Lei 35/1988, nos arts. 3.º, 14.3 (e art. 15 em conjunto), e 15.1.b, respectivamente. Recordem-se as infrações que estabelece a esse respeito.

afetado por um erro de proibição, ou seja, realiza uma ação típica em princípio proibida (o delito do aborto consentido), mas que pode ser lícito se estiver relacionado a algum dos casos nos quais a lei autoriza o aborto, por exemplo, de acordo com o sistema das indicações que acolha o aborto eugênico ou embriopático; o ditame incorreto induz o médico a pensar que o feto apresenta deformações que o autorizam a praticar o aborto nesse caso. Logicamente não incorre em responsabilidade: mesmo praticando o aborto consciente e intencionalmente, encontrar-se-ia num erro, normalmente inevitável (art. 14.3 do CP espanhol), sobre a licitude da conduta realizada.⁶¹

Para quem fez o diagnóstico o ditame defeituoso representa a hipótese da participação culposa em um fato típico doloso, questão não resolvida pacificamente pela doutrina. Compartilho o critério (majoritário) de que dita participação não é possível nos delitos culposos em geral, tratando-se nestes casos da autoria de um delito culposos. Quanto à possibilidade de considerá-lo autor mediato imprudente, discute-se na doutrina se esta figura é ou não contrária à natureza da autoria mediata.⁶² No Direito espanhol, como é sabido, o aborto culposos era atípico no CP já derogado, salvo o caso do art. 412, onde devíamos chegar à solução da impunidade, pois era entendido (pela doutrina) que a existência dessa figura especial de aborto culposos implicava a exclusão da aplicação da cláusula geral de imprudência do derogado art. 565 do CP.⁶³ Nada obstante, no CP de 1995 introduziu-se uma figura de

61. Art. 14 de CP. Patrícia LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch-Spicum, Barcelona, 1990, pp. 329 e s. partindo de sua concepção sobre a natureza jurídica das indicações entendendo-as como casos específicos de exclusão da responsabilidade pelo fato, considera que se trata de um caso análogo ao erro de proibição ao qual serão aplicadas as regras relativas ao referido erro.

62. V. uma posição recente em favor dela, José Ulisses HERNANDEZ PLASENCIA, *La autoria mediata en el Derecho Penal español*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 78 e ss. Tenha-se em conta que o CP de 1995 inclui já, de forma expressa, a autoria mediata, com a dúvida de que sua regulação seja compatível, com o cometimento culposos: "São autores aqueles que realizam o fato por si sozinhos, conjuntamente ou por meio de outro do qual se servem como instrumento" (art. 28: o sublinhado foi acrescido).

63. Sobre a situação anterior v. p/ ex., Miguel BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2.ª ed., CERA, Madrid, 1991, p. 171; Elena FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1990, p. 350; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanc, 1993, p. 96, Carlos M. ROMEO CASABONA, *La reforma penal del aborto: Límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las indicaciones*, em "Propuestas para la Reforma Penal", Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1992, pp. 141 e s.

aborto por imprudência grave mais genérica,⁶⁴ que deve-se estimar acertada em seus termos desde o ponto de vista político-criminal, conforme a qual o fato que estamos estudando seria típico. Por outro lado, deve-se ter em mente que fica reconhecida na atividade diagnóstica do médico uma margem de erro maior (e deve-se admitir ainda mais no diagnóstico pré-natal, dadas suas características atuais), e mesmo que se equivoque não se poderá sustentar num bom número de casos que infringiu seus deveres de cuidado, salvo que se deva a uma autêntica falta de diligência ou de conhecimentos ou de qualificação (ou de atualização nas técnicas ou de aparelhagem e meios adequados por parte do analista) para desempenhar esta tarefa, mas pode ser relevante para determinar sua responsabilidade civil. Em qualquer caso, do próprio Art. 417 bis do CP pode-se deduzir o reconhecimento, implícito neste caso, de uma certa margem de erro maior e não só de incerteza, ao dizer "que se presume".⁶⁵

Em segundo lugar, devemos abordar o tratamento jurídico-penal correspondente no caso do provocação da morte do feto como consequência da coleta de mostras ou das provas realizadas pelo especialista para elaborar o diagnóstico, do tratamento ou da experimentação fetal – de estar permitida pela lei – ou por qualquer outro meio. Os perigos derivados da própria natureza da intervenção (p. ex., a amniocentese) têm que ser entendidos como incluídos dentro do risco permitido, sempre que tenha sido feita a adequada ponderação dos riscos e vantagens que incidam no caso concreto e não se haja produzido a inobservância do dever de cuidado objetivo, elemento que configura o tipo de delito culposos. Se o profissional houver atuado infringindo tal dever de cuidado (por atuação negligente ou por falta de preparação para realizar as provas) estabelece-se uma vez mais a questão de um aborto culposos. Como já vimos, o anterior CP não previa a punição do aborto culposos mais que num caso excepcional e por isso a resposta jurídica era a absolvição por atipicidade da conduta, questão que ficou plenamente resolvida no sentido da tipicidade no CP de 1995. Se a morte ou lesões na mãe fossem produzidas decorrentes da prática do aborto, não haveria inconveniente para castigar a conduta pelo delito de homicídio ou lesões culposas

64. Segundo o art. 146 do CP, quem por imprudência grave provocar um aborto será punido com pena de doze a vinte e quatro fins de semana. Quando o aborto for cometido por imprudência profissional, impor-se-á também a pena de inabilitação especial para o exercício da profissão, ofício ou cargo por um período de um a três anos, a grávida não será punida por este preceito.

65. V. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., p. 9. O art. 417 bis do CP de 1973 continua em vigor, v. Disposição derogatória única, 1, do CP de 1995.

correspondentes, estando presentes os elementos típicos dos mesmos (arts. 142 e 152 do novo CP, respectivamente).

*c) Lesões fetais e morte pós-natal*⁶⁶

Outra hipótese possível é a de que o feto não morra como consequência das ações assinaladas, mas que lhe sejam causadas lesões, as quais se manifestarão quando haja nascido; inclusive é possível que este morra pouco depois de nascer. Aqui é a questão (outra vez) da mais que duvidosa tipicidade das chamadas lesões fetais, se o ordenamento jurídico que seja aplicável não conta com um tipo delituoso específico. O que veremos a seguir foi previsto pelo CP espanhol de 1995. Antes destas novas posições fundamentais opostas, que vamos recordar brevemente com a finalidade de comprovar a pertinência da inclusão do novo delito de lesões fetais.⁶⁷

A primeira delas entendia que era uma conduta impune por ser atípica – ou seja, não prevista como delito no CP –, pois os delitos de lesões corporais e de homicídio do CP espanhol – também o de 1995 – requerem que as respectivas ações típicas tenham sido infligidas a uma pessoa, ou seja, a um ser humano já nascido.⁶⁸⁻⁶⁹ Desde o ponto

66. V. mais amplamente, sobre o que é tratado nesta epígrafe, Fátima FLORES MENDOZA, *El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*, in “Revista de Derecho e Genoma Humano”, n. 5, 1996.

67. Sobre os termos da discussão, Marisé GONZALEZ, *Las lesiones fetales* em “Cuadernos Jurídicos”, n. 10, 1993, p. 10.

68. Pois neste sentido era interpretada a palavra “outro” que utilizava a Lei, e não somente no delito de lesões corporais (art. 420 de CP de 1973: “Quem por qualquer meio ou procedimento causar em outro uma lesão que diminua sua integridade corporal ou sua saúde física ou mental...”; mas também no de homicídio onde aparece ainda com maior clareza.

69. V. Antonio CUERDA RIEZU, *Límites juridicopenales de nas nuevas técnicas genéticas*, em “Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1988, pp. 420 e s.; FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, cit., pp. 347 e 350; Pastora GARCIA ALVAREZ, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, em “Cuadernos Jurídicos”, n. 43, 1996, p. 13; GONZALEZ, *Las lesiones fetales*, cit. p. 10; José Luis GONZALEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, “Rev. Der Gen H”, 3/1995, p. 81 e s.; Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, p. 322; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit. pp. 267 e ss. Também deste critério para o Direito alemão, Hans LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso “Contergan”*, em “Medicina y Derecho Penal”, Madrid, 1984, pp. 76 y s.; I. TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübinga, 1973, pp. 143 e ss.

de vista do princípio da legalidade este critério é o mais adequado, pois nele o resultado se manifesta ou se produz depois do nascimento, mas a agressão – a ação – recai sobre o feto, que é um bem jurídico distinto; a singularidade da existência de uma evolução, uma passagem, de um bem jurídico a outro não deve fazer com que apartemos a atenção de quem é na realidade o que sofre a agressão, pois o momento do nascimento, no que se produz a mudança do objeto da agressão (do feto ao indivíduo), determina um corte quanto à consideração do bem jurídico protegido (vida humana dependente e independente, respectivamente).

A segunda posição diz respeito à “teoria do resultado”.⁷⁰

O Supremo Tribunal espanhol pronunciou-se recentemente sobre este problema em relação ao derogado CP de 1973,⁷¹ propalado a favor da tipicidade destes casos como um delito de lesões culposas.⁷² Revogando a sentença absolutória da primeira instância, o ST condenou uma parteira por haver omitido levar a conhecimento do ginecologista de plantão a situação de uma parturiente com evidentes sinais de sofrimento fetal, que teve como resultado uma paralisia cerebral da criança já nascida. Dos fatos deduz-se que houve uma infração grave do cuidado objetivamente devido por parte da condenada, o resultado lesivo para a criança e a relação de causalidade, e o que acentua seu drama é que os fatos ocorreram durante o curso do parto, isto é, a ponto de nascer a criança, depois de uma gravidez, segundo as evidências, normal.

No entanto, não é possível partilhar nem a sentença nem a linha argumentativa desta, tato pelos raciocínios de *lege lata*, expostos anteriormente, contrários à condenação nestes casos para não vulnerar o princípio de legalidade, como pelas contradições apreciadas na mesma, cujos argumentos parecem mais de *lege ferenda*, e que por isso são totalmente assumíveis desde esta perspectiva, como veremos mais abaixo. A sentença: “Certamente que o delito de lesões... leva

70. Assim, BAFO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas...*, cit., p. 25.

71. Não obstante, há sentenças anteriores nas quais o TS condenou por imprudência temerária, de acordo com o anterior CP, em face de lesões produzidas ao feto no curso do parto, sem ter o tribunal suscitado a questão da tipicidade.

72. STS, de 5 de abril de 1995. V. comentário da mesma por José Manuel MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, *Imprudencia sanitaria con resultado de lesiones irreversibles al feto*, em “Actualidad del Derecho Sanitario”, n. 6, 1995, pp. 350 e ss. que participa no essencial o critério da sentença. Uma perspectiva crítica oferece GARCIA ALVAREZ, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, cit. pp. 13 e ss.

embebida a idéia de alteridade... e 'o outro', enquanto não alcance a categoria de pessoa (o caso do feto ou embrião humano) é mais objeto que sujeito passivo do delito; mas é possível afirmar que nestes casos de vida dependente, as lesões causadas durante o curso da gestação devem ter relevância penal porque as ações causadas durante o curso da gestação devem ter relevância penal porque a ação – em sentido lato – é realizada sobre uma pessoa, a mãe, e o resultado – demonstrada a relação causal – transcende o feto por ser parte integrante da mesma, ainda que as taras somáticas ou psíquicas não adquiram notoriedade ou evidência até depois do nascimento”. “Considerado como realidade penal o delito de lesões ao feto através a violência exercida sobre a mãe grávida, ou, atribuindo-lhe, com um sentido progressivo que se emancipa das ficções civis, condição humana diferenciada de sua progenitora e penalmente protegível, a possibilidade do delito doloso e, conseqüentemente, do delito imprudente não é questionável em nome do princípio de legalidade” (f.j.l.).

O fato de que a conduta seja realizada através da mãe não resolve a questão, pois é evidente que a ação agressora recai diretamente sobre o feto, através daquela, dado que se fosse sobre ela – uma pessoa – ela mesma seria o sujeito passivo do delito e teria que ser dilucidada a existência de um delito de lesões também contra a mãe. Se o que a sentença quer destacar é que a ação e o resultado repartem-se, respectivamente, entre a mãe e o feto, torna-se ainda mais inadequado fundamentar nisso a tipicidade, posto que seria necessário deduzir uma tentativa de delito em relação à mãe, e um resultado sem ação (?) a respeito do feto. Não é essa, pois, a questão. O problema radica em se o sujeito passivo do delito de lesões é ou não o feto, o que nega a própria sentença. O delito de lesões corporais do CP espanhol de 1973 (até o CP de 1995) não protegia a integridade corporal ou psíquica do feto, como tampouco sua vida frente a comportamentos imprudentes, salvo o previsto no art. 412. E isto é devido a que até poucas décadas atrás não eram imagináveis este tipo de realizações: no caso de querer-se atacar dolosamente o feto para privar-lhe de sua vida, para provocar um aborto, não com o propósito de tão somente lesioná-lo, não existiam procedimentos tão precisos para consegui-lo. Por outro lado, se é válido estender o delito de lesões corporais ao feto, pelo mesmo raciocínio também dever-se-ia concluir que também o é ao homicídio,⁷³ com a particularidade de que não haveria então uma afluência de normas com o delito não consentido, a ser resolvido a favor deste de acordo com o princípio de especialidade (ou, por que não? com o da alternativa a favor do de homicídio). Mas continuam

73. Assim, também, GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 19.

os contra-sensos: por que a lei quis castigar com distintas penas a morte – aborto – de um concebido e a morte – homicídio – de um já nascido e não as lesões de um ou outro, que seriam as mesmas de acordo com a interpretação jurisprudencial? Qual o suporte normativo para manter essas discrepâncias valorativas? A resposta é que este tipo era unicamente aplicável às lesões causadas aso nascidos. Tratava-se, em suma, de uma questão de “lege ferenda”, pois certo é que não satisfaz a solução de impunidade pela atipicidade que vínhamos propondo de “lege lata” em relação ao já derogado CP de 1973.

Por conseguinte, devemos concluir manifestando-nos a favor da oportunidade da incriminação como delito das lesões ao concebido, para eliminar assim estas lacunas legais⁷⁴ quando são ocasionadas dolosamente⁷⁵ ou quando forem consequência de uma grave infração do dever de cuidado por parte dos profissionais médicos ou sanitários.⁷⁶ Levemos em consideração, por um lado, que o concebido é mais acessível e, conseqüentemente, mais vulnerável a diversas agressões, pois, por exemplo, o diagnóstico pré-natal (e portanto, as explorações e provas fetais que implica sua obtenção) está em vias de converter-se num recurso generalizado, sobretudo na medida que abaixe seu

74. Do mesmo parecer, Armin KAUFMANN, *Tatbestandmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, em “Juristenzeitung”, 1971, pp. 571 e s. LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso “Contergan”*, cit., p. 80; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., pp. 269 e s. e 279 e s. TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?* cit. pp. 144 e ss. Entendem também, recentemente, que as novas figuras delitivas de lesões ao feto preenchem uma lacuna legal, Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZALES CUSSAC, *Comentários al Código Penal*, arts. 157 e 158, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 812; GARCÍA ALVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 13; HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit. p. 323; Diego LOPEZ GARRIDO / Mercedes GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 97.

75. V. sobre a questão, TEPPERWIEN, *Pränatale Winwirkung als Tötung oder Körperverletzung?*..., cit., pp. 143 e ss. Em favor, em nosso país, da criação de um tipo semelhante, CUERDA RIEZU, *Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit. 422 (ao menos em relação às lesões dolosas); ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit. p. 269; VALLE MUÑIZ / GONZALEZ GONZALEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit. p. 144.

76. Restritivo quanto aos sujeitos ativos do delito, KAPP, *Der Fötus als Patient?*, cit., p. 280. No entanto, o CP de 1995 não configura o delito de aborto culposo como delito especial (art. 146, salvo a imprudência profissional), limitando um determinado círculo de autores, mas sim como delito comum imputável a qualquer autor, salvo a mãe. É aceitável esta solução, posto que, com esta figura, se pretende substituir a anterior do art. 412.

custo, aumente sua credibilidade e seu âmbito de cobertura, e os tratamentos em fase experimental sobre o feto requerem uma maior ponderação dos riscos e das vantagens que sobre ele possam recair; e finalmente, por outro lado, esclareceria as dúvidas sobre sua tipicidade, em particular sobre as lesões mais frequentes na atualidade, que giram em torno das manobras obstétricas do parto.⁷⁷

O CP de 1995, nos artigos 157 e 158, incluiu finalmente o delito de lesões fetais dolosas ou por imprudência grave.⁷⁸

Apesar de ser celebrável a inclusão desta regulamentação – que eu já havia proposto pela primeira vez em 1981⁷⁹ continua parecendo-me discutível a adequação da tipicidade da morte ocorrida depois do nascimento causada por agressões fetais, pois dever-se-ia integrá-la como tentativa de aborto ou como lesões ao feto das que estabelece o novo CP, e provavelmente nenhuma delas abarcaria plenamente o infame do fato.⁸⁰ Por outro lado, o objeto material da ação refere-se

77. Em ocasião anterior, inclinei-me por esta solução *de lege ferenda*, embora admita a possibilidade da incriminação *de lege lata* destes comportamentos dolosos como tentativa de aborto partindo da hipótese de que o dolo de produzir esses efeitos (isto é, agredir ao feto dolosamente com o fim de que, ao nascer, morra ou nele se manifestem lesões corporais) levará implicitamente consigo o dolo eventual de causar o aborto, pois dada a delicadeza da gravidez, parece aquele um risco quase inerente àquele tipo de agressões, mas logicamente se num caso que a mim me parece excepcional, não concorresse esse dolo eventual de aborto, não se poderia castigar por tentativa, com o resultado de impunidade (diante daqueles que me imputavam aquela solução como única, pois precisamente por considerá-la insuficiente e insatisfatória por não abarcar plenamente o desvalor do fato, propunha já então a inclusão de um novo delito, como volto a retomar agora no texto". V. sobre isso, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., 279 e s.; no mesmo sentido, GONZALEZ, *Las lesiones fetales*, cit. p. 12, n. 5.

78. Estes delitos aparecem pela primeira vez no Projeto de CP de 1992 (arts. 165 e 166) que o CP abriga com o mesmo texto, salvo a substituição da pena de multa pela da prisão de fim de semana e a introdução da imprudência profissional no art. 158.

79. CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 280.

80. Em relação a estas condutas, o Ante-projeto da Lei de Proteção de Embriões da República Federal Alemã previa um delito que abrigava algumas delas; não obstante, o texto da Lei de 1990 não o incluiu finalmente. O Ante-projeto assim dizia: "Danos provocados nos embriões. 1. Quem cause, mediante a intervenção num embrião ou feto, danos à saúde da pessoa (que resulte de seu desenvolvimento), será punido com privação de liberdade até três anos ou multa. 2. Em casos especialmente graves, a sanção será de privação de liberdade de seis meses até cinco anos. Considera-se caso especialmente grave se o autor: 1) provoca graves danos à saúde, ou 2) mediante sua atuação, causa imprudentemente a morte da pessoa lesionada. 3) Se a atuação do autor foi imprudente nos casos especificados no § 1.º, punir-se-á com privação de liberdade de até dois anos ou multa. 4. Os §§ 1.º, 2.º e 3.º não se referem a atos cuja finalidade seja a de provocar um aborto (art. 1.º).

ao feto que se encontra no ventre materno, logicamente já implantado; sobre isso voltaremos a falar mais adiante. Mas a palavra feto que utiliza aqui o CP é inadequado, pois ainda que tradicionalmente em Direito Penal ela é entendida como equivalente a “nasciturus”, ou seja, estendido a todo o período da gravidez, abarcando também o embrião,⁸¹ parece mais correta e aconselhável para a segurança jurídica sua substituição por outro vocábulo mais amplo e exato que elimine qualquer dúvida sobre a situação daquele,⁸² que é mais sensível e vulnerável à contração de deficiências por diversas formas de manipulação, como poderia ser, por exemplo, “em um feto ou em um embrião implantado na mulher”. É fator favorecedor desta proposta o fato de que esta dupla terminologia para indicar duas realidades distintas é conhecida pelo ordenamento jurídico espanhol na Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida e na de Doação e Utilização de Embriões e Fetos Humanos.⁸³ Nada obstante, de “lege lata” é aceitável reconhecer um significado amplo à palavra feto.⁸⁴

No que se refere ao tipo culposo, deve ser celebrada a sua entrada no marco que abre o novo Código com a introdução – também aceratada – do princípio de excepcionalidade da incriminação da imprudência (art. 12), pois serão os casos que com considerável maior frequência ocorrerão na prática.

O bem jurídico protegido é a integridade e a saúde física e psíquica do feto, no sentido amplo assumido para este (o embrião desde sua implantação e o feto no sentido estrito), de modo paralelo a como acontece com a vida do feto no delito do aborto. Evidentemente, com esta proteção procura-se garantir em último extremo a integridade da futura criança, uma vez nascida, mas esta perspectiva só pode ser aceita

81. Partidário desta interpretação mostrou-se Antonio CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, em Fundación BBV, “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, III, Bilbao, 1994, p. 224, propondo o entendimento da palavra “feto”, em sentido não técnico, ou seja, que abarque os estágios da formação de um ser humano no útero materno.

82. V. a favor deste critério em relação ao Projeto CP de 1992, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit. pp. 164 e ss. ROMEO CASABONA, *El Derecho y La Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 403 e s.

83. Isto era mais evidente ainda no Projeto de CP de 1992, pois distinguia ambos na rubrica que encabeçava o título que se seguia a este delito (“Da manipulação genética, de embriões e fetos humanos e da inseminação artificial não consentida”), embora não tenha sido mantida no CP aprovado.

84. No sentido do texto, GARCIA ALVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 14. Um critério restritivo, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., 324.

de forma mediata, e não como bem jurídico protegido no sentido estrito.⁸⁵ Além da incongruência a que daria lugar esta interpretação em relação ao delito do aborto (pois, dentro das discrepâncias existentes sobre o bem jurídico protegido neste delito, não há posições que tenham comprovado que com ela se proteja a vida da futura pessoa), o próprio teor literal do preceito impõe a interpretação proposta: a provocação no feto de uma lesão ou enfermidade deve ter, como resultado típico alternativo, prejudicar “gravemente seu desenvolvimento normal” ou provocar “no mesmo uma grave tara física ou psíquica”. Ainda que freqüentemente o dano ocasionado no normal desenvolvimento de feto traduzir-se-á em graves taras físicas ou psíquicas, que persistirão depois do nascimento, é admissível que o dano no desenvolvimento não apresente seqüelas (p. ex., por haverem-se corrigido de forma espontânea ou mediante uma intervenção cirúrgica ou tratamento de outro tipo, ou simplesmente tenham provocado um parto prematuro), do contrário este resultado ficaria sempre absorvido pelo outro e careceria por isso de autonomia e de sentido. De qualquer maneira é rechaçável que o feto deva estar sadio,⁸⁶ posto que o objeto material da ação recai no feto em seu estado concreto de saúde, portanto é indiferente que padeça já uma enfermidade, anomalia ou malformação. A finalidade desta posição consiste em excluir deste modo a tipicidade da transmissão de enfermidades ou malformações de caráter hereditário por parte dos progenitores (p. ex., se conhecem antes da concepção sua condição de portadores de genes deletérios); No entanto é óbvia a atipicidade sem ter que recorrer a tão perigosa restrição, posto que no momento da ação – neste caso procriativa – o objeto material existe.

Em ambos os casos – delito doloso ou culposos – é válido qualquer meio, ativo ou omissivo, incluída a transmissão de enfermidades através da mãe,⁸⁷ chegue esta a padecê-las ou não. Esse tipo requer também o resultado de causar “num feto uma lesão ou enfermidade que prejudique *gravemente* seu normal desenvolvimento, ou provoque no mesmo uma grave tara psíquica ou física”. A expressão “grave” estabelece dois problemas; o primeiro deles é determinar o alcance da mesma, sobretudo porque não está previsto o castigo de lesões não graves, de forma que a dúvida sobre a gravidade do resultado pudesse ser resolvida em favor de outro tipo que as abarcasse; a solução alternativa em caso de dúvida será então a da impunidade. Mesmo

85. Como sustentam CARBONELL MATEU / GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 e 158, cit., p. 813.

86. Assim o entendem CARBONELL MATEU / GONZALEZ CUSSAC, *lug. cit.*

87. Neste sentido, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *lug., cit.*

sendo difícil obter critérios de orientação interpretativa, seria possível recorrer aos tipos de resultado dos delitos de lesões corporais sobre os já nascidos (arts. 149 e 150), em relação às deficiências físicas ou psíquicas do feto, pois estas implicam pelo menos uma permanência, ainda que não necessariamente sua irreversibilidade. Quanto ao grave dano ao normal desenvolvimento do feto este critério não é aplicável, mas seria possível utilizar a referência – neste caso só orientativa – que proporciona o tipo básico do delito de lesões corporais (art. 147.1), quando faz alusão a que a “lesão requeira objetivamente para seu tratamento, além de uma primeira assistência facultativa, tratamento médico ou cirúrgico”, seja diretamente no feto ou através da mulher (longo período de repouso); Nada obstante, não se deve esquecer de que em nosso caso trata-se de voltar ao normal desenvolvimento do feto, ou mais próximo possível a isso, motivo pelo qual a intervenção poderia consistir em adiantar o parto ou submetê-lo à incubadora uma vez produzido o nascimento de forma espontânea ou provocada. O segundo problema está no fato de haverem sido tipificadas tão somente as lesões dolosas graves, pois entendo que no CP de 1995 é inaplicável em relação ao feto a falta de lesões corporais dolosas do art. 617, interpretação excluída agora com maior razão pela própria presença do delito de lesões para o feto: o “causar a outro uma lesão” do art. 617 deve ser interpretado como referido a uma pessoa já nascida. Nada obstante, estou de acordo com a solução do legislador de que não devem ser castigadas as condutas imprudentes graves com resultados de menor importância que os que abarca o tipo, ou leves das que se derive qualquer resultado. Finalmente, a provocação de uma lesão ou enfermidade deve equivaler a prejudicar o normal desenvolvimento do feto ou a uma tara física ou psíquica, que sejam graves; Estas últimas podem manifestar-se durante a gravidez ou depois do nascimento, com o problema, neste caso, de que não apareçam de forma imediata, pois a criança continua completando seu desenvolvimento biológico inclusive depois de ocorrido aquele, motivo pelo qual deveria ser aceita a tipicidade sempre que a relação de causalidade não ofereça o menor resquício de dúvida.

Qualquer um pode ser sujeito ativo, mesmo que de fato normalmente o são os profissionais sanitários ou parassanitários. Sujeito passivo, o embrião ou o feto.

O tipo subjetivo não oferece especiais particularidades. No doloso o dolo pode ser tanto direto quanto eventual, mais freqüente este que aquele. Quanto à imprudência grave e ao agravado a respeito deste de imprudência profissional, dever-se-ão entender equivalentes aos tipos de imprudência temerária e profissional do CP derogado, e por isso continuam sendo válidas as construções doutrinárias e jurispruden-

cias formuladas sobre ambas. Acertadamente, a grávida não é castigada em sua modalidade culposa.

De qualquer maneira não se deve desconhecer que junto a estes problemas de tipicidade, que são resolvidos legislativamente com os novos tipos e conforme os critérios propostos, em não poucas ocasiões continuará de pé a questão de estabelecer a relação de causalidade, em particular quando se trate de ações realizadas sobre o concebido cujos efeitos sejam bem conhecidos pela ciência ou quando os efeitos típicos não se manifestem imediatamente depois do nascimento.⁸⁸ Um grande êxito tanto para o âmbito do Direito (pois vieram a tona suas limitações, mas graças a isso brotou uma viva e frutífera discussão entre os especialistas) quanto para o da biomedicina (constatou-se uma vez mais a ambivalência de seus progressos, neste caso, na área da farmacologia), o chamado 'caso Contergân' corroborou – infelizmente – na vida real que não é em vão trabalhar estes problemas. Mesmo sendo conhecido, é interessante recordá-lo neste contexto: nos anos sessenta foi ministrado para numerosas gestantes na Europa e nos Estados Unidos um analgésico – talidomida – hipoteticamente inócuo para o estado de prenhez. Entretanto, milhares de crianças nasceram com graves deformidades, que em muitos casos manifestavam-se como atrofia (ou mesmo carência) das extremidades inferiores ou superiores. Foram realizados vários processos, alguns deles dramáticos (como o de Lieja, Bélgica, no que quatro membros de uma família e seu médico foram acusados e absolvidos por eutanásia praticada em um recém nascido com anomalias desta classe). De qualquer maneira, as questões jurídicos-penais mais importantes quando o caso foi formulado na Alemanha foram estabelecer a relação de causalidade, o que é o mesmo, provar que o referido medicamento foi a causa dessas deficiências apresentadas pelas crianças,⁸⁹ e a tipicidade dessas condutas, isto é, se eram suscetíveis de castigo por alguns dos delitos existentes no Código penal Alemão. O Tribunal de Aquagrán, da RF Alemã, ocupou-se deste assunto, determinando a equiparação ao delito de homicídio culposo (parágrafo 22 do CP alemão) das ações pré-natais imprudentes com o resultado da morte pós-natal, e ao delito de lesões corporais culposas (parágrafo 230 do CP) dos danos culposos pré-natais no feto com efeitos pós-natais subsistentes.⁹⁰ Como facilmente se pode deduzir

88. V. GARCIA ALVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 16.

89. Semelhante problema foi suscitado em nosso país em relação à chamada "síndrome tóxica", no processo contra os implicados na comercialização para consumo humano do óleo de colza desnatado: STS 23 de abril 1992.

90. Segundo relata LÜTTGER, *Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., p. 150.

das reflexões anteriores, este pronunciamento foi muito criticado pelos autores. No entanto, em uma sentença muito posterior (22 de abril de 1983) do Supremo Tribunal Federal desse mesmo país, chaga-se à conclusão, num caso semelhante, da impunidade, devido à existência de uma lacuna legal, unicamente passível de resolução através da intervenção do legislador.⁹¹ Finalmente, o assunto foi resolvido estrajudicialmente, concedendo indenizações e pensões aos prejudicados.

Por último, deve-se assinalar que a pena prevista para o delito de lesões sobre o feto parece mais grave que a estabelecida para o delito de lesões a um nascido (art. 147, prisão de seis meses a três anos, ou detenção de sete a vinte e quatro fins de semana ou multa de três a doze meses, segundo o parágrafo que seja aplicável) e que para o delito de aborto consentido (art. 145, prisão de um a três anos e inabilitação especial).⁹² Deve-se levar em consideração no primeiro caso, que as lesões ao feto tipificadas são unicamente as graves, enquanto que o tipo de lesões ao nascido tomado como referência alude tão somente aos tipos básico e atenuado, pois outros tipos qualificados de lesões prevêem penas mais graves (p. ex., arts. 148 e 149). Quanto ao aborto, o não consentido estabelece penas muito mais graves (art. 148 E 149) que o delito de lesões ao feto, dado que com aquele se vêem afetados bens jurídicos dos que é titular a mãe (sua liberdade pessoal e procriadora), enquanto que estruturalmente a figura delituosa do art. 157 acolhe tanto as lesões ao feto consentidas (ainda que seja dificilmente imaginável esta hipótese) como não consentidas pela mãe. Menciono estas referências comparativas sobre as penas porque algum setor da doutrina postulou que é mais grave produzir lesões – graves – ao feto que o aborto em si, e por isso entendo que a pena deveria ser relativamente mais elevada, critério que, em sentido estrito, não foi seguido corretamente pelo legislador.

4.2.2. Intervenções genéticas

a) As técnicas jurídicos-penais de intervenção desde o ponto de vista político-criminal

A solidificação na lei de delitos cuja tipificação seja considerada como oportuna político-criminalmente em relação às intervenções no genoma humano impõe a necessidade de que se resolva uma questão

91. V. LÜTTGER, ult. lug. cit., p. 139 e ss.

92. Assim entendem LÓPEZ GARRIDO / GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 98.

prévia: sua localização. A discussão de se é mais conveniente a inclusão no CP ou em uma lei especial de figuras delituosas que se refiram a temas muito mais específicos e cujo âmbito de licitude apareça regulamentado por outras leis voltou a entrar na pauta do dia em relação ao tema que nos ocupa agora. E esta é uma questão de relativo interesse nestes momentos não só porque o legislador espanhol tomou uma decisão a este respeito no CP de 1995 – como veremos mais abaixo –, mas principalmente porque a conveniência de uma outra via está fundamentalmente condicionada pelo fato de que se utilize ou não a técnica de leis penais em branco, e ainda neste caso não seria um obstáculo intransponível, sobretudo se não se recorrer em excesso a tal técnica, que em princípio não parece desejável. Frente ao por outro lado também desejável ideal de evitar o desperdício dos delitos em uma pluralidade de leis especiais, devolvendo o protagonismo ao Código Penal, de permitir com sua incorporação a ele uma mais clara e estrita ligação com as disposições gerais ou comuns daquele, a dúvida que persiste consiste em dilucidar como se satisfariam melhor os fins de prevenção geral, se incluindo os novos delitos no CP ou em uma lei penal especial.

Os exemplos de direito comparado coincidem na tipificação penal com as leis que regulamentam as técnicas de reprodução assistida, de utilização de embriões e as de intervenções genéticas, isto é, fora do CP. No que se refere ao direito espanhol, com autoridade defendi que esse fim teria ficado melhor assegurado com a inclusão dos delitos oportunos nas próprias leis de 1988 quando foram promulgadas, por sua maior proximidade, tanto temporal quanto em relação a seus mais diretos destinatários, mesmo existindo a suspeita de que na realidade não houve então a intenção de criar nenhuma figura delituosa.⁹³ Porém, superado tal momento, a oportunidade de configurá-las como leis penais especiais talvez seja agora menos consistente⁹⁴ e, neste sentido, não é especialmente censurável a solução finalmente adotada pelo legislador, de incluir delitos no novo CP (excetuados os significativos defeitos decorrentes de sua pouco meditada incorporação ao mesmo. De qualquer maneira, a criação de tipos penais a partir das condutas proibidas por estas leis (infrações administrativas) não teria que

93. V., nesta linha, a crítica de BARBERO SANTOS, *Fecundación asistida e ingeniería genéticas. Consideraciones jurídicopenales*, cit., 53, ao censurar que não se tivesse aproveitado da reforma do CP de 21 de junho de 1989 para introduzir, em sua opinião, os necessários delitos.

94. Em favor de sua inclusão no CP, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España...*, cit., pp. 193 e s., seguindo MANTOVANI.

implicar nenhum risco de infração do princípio *nom bis ni idem*, pois só seria aplicável uma delas (a infração penal ou a administrativa), o que em concreto está claramente resolvido no Direito espanhol a favor da preferência da infração e sanção penal correspondente.⁹⁵

De qualquer maneira a criação de novas figuras delituosas requer uma atenta meditação sobre a realidade social e a evolução da utilização destas técnicas antes de toma a decisão político-criminal oportuna, pois não se deve esquecer que o instrumento mais característico de que dispõe o DP – a pena – é a reação mais grave do ordenamento jurídico.⁹⁶ Por meio do conjunto de condutas proibidas tratar-se-ia de formar uma espécie de muro de contenção jurídico-penal com o fim de prevenir ou evitar as anteriores agressões e que possa nascer um ser humano que haja sido manipular em algum momento desde sua concepção. No entanto, os critérios político-criminais nestes temas não podem ser subtraídos da discussão da oportunidade e inconvenientes da configuração de delitos de perigo abstrato ou concreto, assim como acontece em relação a outros bens jurídicos de caráter coletivo (p. ex., a saúde pública, a segurança do tráfego motorizado, o meio ambiente), que apresentam uma natureza de bens mediatos ou instrumentais para a proteção de outros bens jurídicos individuais (p. ex., a vida e a saúde das pessoas). Não há dúvida de que a proliferação de determinadas atividades produtivas, vinculadas às descobertas científicas e às criações tecnológicas, provocou uma expansão da construção de delitos de perigo concreto e abstrato,⁹⁷ neste segundo caso sobretudo quando se apresentam dificuldades de determinação do nexo causal entre ação e resultado. Em outras palavras, trata-se da questão de dever-se ou não se adiantar a intervenção do DP por meio destes tipos para prevenir os comportamentos que de forma mais direta e imediata implicam um grave perigo para o bem jurídico.⁹⁸ Em minha opinião, apesar de ser inevitável neste tema o recurso à técnica dos delitos de perigo concreto,

95. O próprio legislador de 1995 quis resolver a questão suprimindo várias infrações administrativas da Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida, por serem coincidentes com os novos tipos penais: as das letras a, k, l e v do art. 20.2.B (v. Disposição Final terceira, 1.1.º do CP.).

96. V. neste sentido, ESER, *La moderna Medicina de la reproducción e ingeniería genética...*, cit., p. 297.

97. V. ROMEO CASABONA, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas*, in “XXII Coloquio de Derecho Europeo”, Publ. do Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, n. 3, 1993, pp. 407 e ss.

98. V. mais amplamente em relação às manipulações genéticas, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 113 e ss., onde se mostra também renitente em relação a este recurso (pp. 120 e ss.).

não é necessária a configuração de delitos de perigo abstrato, sobretudo se aparece plenamente identificado o bem jurídico protegido.

b) Intervenções genéticas objeto de cominação penal

Uma vez dados os passos anteriores, que se consistiram em reafirmar a vigência dos princípios de intervenção do Direito Penal também em relação às intervenções no genoma humano, em identificar os bens jurídicos individuais e supra-individuais implicados, em delimitar em particular a situação da vida antenatal em relação àquelas intervenções, em especial em relação ao embrião pré-implantatório e à necessidade de sua proteção fundamentalmente – ainda que veremos que nem sempre é assim – como meio de proteção da integridade e identidade genética de seres humanos futuros e da espécie humana, as técnicas legislativas adequadas desde a perspectiva político-criminal adotada, deve-se seguir avançando no processo iniciado. Com efeito, deve-se refletir a seguir sobre a tipificação penal de condutas que atentem de forma grave contra aqueles bens jurídicos. E, assim, a clonagem (quando implique manipulações genéticas para criar seres idênticos) e a partenogênese, a criação de híbridos interespecies, a fusão de gametas de origens distintas, a ectogênese, a modificação de componentes genéticos humanos não patológicos, a transferência a uma mulher de um embrião manipulado geneticamente sem fins terapêuticos ou submetido previamente a experimentação, poderiam configurar novos delitos. Para outros comportamentos, continuam sendo suficientes as infrações e sanções administrativas estabelecidas nas leis não penais sobre estes temas,⁹⁹ enquanto não apareçam motivos para uma nova intervenção penal. Conforme as propostas que formulei neste sentido em outro lugar¹⁰⁰ podemos estabelecer um marco de licitude e de proibição penal nos termos que assinalo a seguir.

A terapia gênica na linha somática deve ser considerada lícita. Nada obstante, deve ser autorizada com as condições e limitações já estabelecidas de forma geral para a chamada “terapia experimental” ou “experimentação terapêutica” (ponderação de benefícios e riscos, inexistência de terapêutica eficaz, que se trate de uma enfermidade

99. Desta opinião, CUERDA RIEZU, *Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., p. 428.

100. V. mais extensamente, Carlos Maria ROMEO CASABONA, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, in “Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular” (Sessão 3 de abril de 1995). Comisión mixta de investigación científica y desarrollo tecnológico, Cortes Generales, Madrid, 1995. pp. 98 e ss.

grave e se conto com o consentimento informado do paciente). Como já havia assinalado anteriormente,¹⁰¹ o tratamento jurídico penal das intervenções na linha germinal somática deve ser relacionado às atividades curativas e, quando for o caso, à proteção da integridade pessoal (integridade corporal e saúde física e psíquica), pois não apresentam diferenças conceituais ou estruturais. O mesmo procedimento deve ser adotado quando se afeta a linha germinal de um indivíduo (p. ex., afetando seus órgãos reprodutivos).

A terapia gênica na linha germinal, ao não estar vinculada ao tratamento de uma enfermidade grave para o afetado e sim a sua capacidade de ter filhos sadios, a ao serem conhecidos seus efeitos colaterais e na própria descendência, deve ser submetida a uma moratória inclusive quando seja possível sua aplicação ao ser humano, enquanto não seja possível controlar plenamente suas consequências. As intervenções na linha germinal não dirigidas à prevenção ou tratamento de enfermidades graves para as que expressamente se estabeleça algum mecanismo de autorização, devem ser penalmente proibidas, de acordo com a técnica proposta a seguir.

Esta reflexão conduz-nos ao embrião pré-implantatório obtido "in vitro", assim como ao embrião "in utero" ainda não implantado no endométrio materno: ambos necessitam de uma proteção adequada, inclusive penal nos casos mais graves, ainda que pareça suficiente que esta última deva limitar-se na atualidade ao estabelecimento de uma barreira de contenção que preveja o desenvolvimento de embriões – e, por tanto, o nascimento de seres humanos – manipulados geneticamente. Em outras palavras, não parece necessária uma proteção penal direta do embrião não implantado enquanto tal e com maior razão dos gametas humanos, enquanto nem estes nem aqueles forem ser utilizados com fins de reprodução humana. No entanto, dever-se-ia assumir uma exceção, referida à criação do embrião "in vitro", concretamente, aos fins buscados com sua criação, como veremos mais abaixo; Com isso protege-se de forma direta o embrião e de forma indireta previnem-se outros comportamentos indesejáveis. O debate internacional sobre a licitude da utilização destes embriões com fins de investigação – mas não criados com estes fins – aconselha que se busque um consenso sobre a questão, ainda que somente deveria discutir-se sobre os embriões não viáveis.¹⁰²

101. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 195.

102. Expressamente a favor da criminalização, Stella Maris MARTINEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994 cit., pp. 128 e 243.

Por conseguinte a proteção do embrião pré-implantatório assim concebida e, por este caminho, da própria espécie humana, deveria estar dirigida contra as condutas de: a) *fecundar óvulos humanos com qualquer fim distinto ao da procriação humana*. Também deveriam ser delito as condutas que permitam seu desenvolvimento ulterior “a término” em certas condições, sem que julguemos agora si a mera provocação de tais condições devam estar ou não tipificadas. Estas condutas penalmente proibidas deveriam ser: b) *o desenvolvimento de um embrião humano mais de catorze dias fora do útero de uma mulher*, isto é, “in vitro” ou em laboratório ou em um animal;¹⁰³ c) *transferir ao útero de uma mulher um embrião que não provenha de um espermatozóide e um óvulo humanos ou estes ou aqueles hajam sido manipulados com fins distintos à prevenção de enfermidades graves de acordo com o que a este respeito preveja a lei*¹⁰⁴ (sem que isto se contradiga com a proposta de estabelecer uma moratória para a terapia gênica na linha germinal). A penalização destes dois comportamentos mais o primeiro mencionado constituem essa barreira de contenção antes mencionada, com o fim de evitar o nascimento de seres humanos cuja dotação genética tenha sido manipulada o sejam o resultado de procedimentos de hibridação, quimeras, partenogênese ou de gametas do mesmo sexo, transferência a uma mulher de embriões animais ou vice-versa. Finalmente, deveria ser penalizada: d) *a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou qualquer outro procedimento*.¹⁰⁵

Como veremos a seguir, algumas destas propostas, sobretudo a técnica de inseminação, que considero mais simples e precisa, não coincidem com os critérios refletidos no CP espanhol de 1995.

4.3. Os modelos legislativos existentes

A configuração em alguns sistemas jurídicos de novos delitos relacionados a diversas formas de intervenção no genoma humano constituem um exemplo da sintonia existente sobre a intervenção do DP se necessária já ou se está é mera evasão testemunhal ao mesmo. Quatro são as principais referências comparadas europeias: duas do ano de 1990 (Reino Unido e República Federal Alemã) e duas de 1994 (Áustria e França). Em 1996, com a entrada em vigor do novo CP, a Espanha incorpora-se ao conjunto de países que introduziram delitos relacionados às intervenções genéticas.

103. V. uma proposta similar, MARTINEZ, ob. cit., p. 243.

104. MARTINEZ, *Manipulación genética y Derecho Penal*, cit., p. 244.

105. MARTINEZ, *lug cit.*

4.3.1. Os modelos no direito comparado

Não se pode falar em sentido estrito de que os exemplos legislativos comparados de que dispomos na atualidade conformem modelos regulamentativos alternativos. O que é certo é que apresentam certas características que os identificam e distinguem dos demais e portanto é possível tê-los como referências de opções de regulamentação.¹⁰⁶ Nada obstante, para as iniciativas legislativas que eventualmente puderam ser estimadas como oportunas em outros ordenamentos jurídicos são igualmente de extraordinário interesse as Recomendações e Resoluções do Conselho da Europa, o Projeto de Convênio de Bioética, as iniciativas da Comissão Européia e da UNESCO, assim como os Informes Declarações de instituições nacionais e internacionais governamentais e não governamentais.¹⁰⁷

O Reino Unido aprovou a Lei de Fertilização Humana e Embriologia, de 1.º de novembro de 1990.¹⁰⁸ Regulamenta esta Lei os diversos aspectos vinculados à reprodução assistida e aos embriões humanos, além de modificar a Lei de interrupção da gravidez (art. 37). Estabelece algumas proibições em relação ao armazenamento e utilização de gametas em embriões (arts. 3.º e 4.º), reconhece a objeção de consciência (art. 38) e cria o Conselho de Fertilização Humana e Embriologia (art. 5.º e ss.), que possui muitas e importantíssimas competências (art. 8.º) de seguimento, informação e assessoramento, mas sobretudo de concessão de autorizações através de um "Comitê de Licenças" (art. 11). Este sistema é o que na realidade vai determinar a amplitude das práticas que vão ser realizadas nesse país e, portanto, o alcance real da Lei. Inclui também um minucioso catálogo de delitos (art. 41), que pode comportar penas de privação de liberdades de até dez anos.

Na Alemanha, aprovou-se a Lei de Proteção de Embriões, de 13 de dezembro de 1990.¹⁰⁹ Trata-se de uma lei penal especial, pois de

106. Neste sentido, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 194 e ss., quem identifica as iniciativas legislativas comparadas como modelo de penalização total (Alemanha) quase-administrativo (Áustria), misto (Reino Unido) e de debate social e de consenso jurídico (França). V. neste mesmo lugar, comentários sobre estas regulações.

107. V. mais amplamente, Carlos María ROMEO CASABONA, *Del gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996.

108. V. Martin H. Stellpflug, *Embryonenschutz in England* em "Zeitschrift für Rechtspolitik", 1992, pp. 4 e ss.

109. V. Erwin DEUTSCH, *Embryonenschutz in Deutschland*, em "Neue Juristische Wochenschrift" 721 e ss. (1991); Gerd Geilen, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, em "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", pp. 829 e ss. (1991).

treze artigos que contem, oito tipificam figuras delitivas (arts. 1.º a 7.º e 11), e outro inclui uma infração administrativa (art. 12, conservar um embrião ou um óvulo humanos sem ser médico); admite, como cláusula de consciência, a participação voluntária dos médicos na realização da inseminação artificial, da transferência de um embrião em uma mulher e na conservação de embriões e óvulos humanos (art. 10), atividades que se reservam de forma exclusiva aos médicos. As penas podem alcançar um máximo de cinco anos de privação de liberdade nos casos mais graves (modificação artificial da informação genética de uma célula germinal humana, ou sua utilização para fertilização, art. 5.º; a criação de clones humanos e sua implantação em uma mulher ou em um animal ou a implantação neste de um embrião humano, art. 7.º). Proíbe também penalmente a inseminação "postmortem", a inseminação ou a implantação de um embrião em uma mulher sem seu consentimento (art. 4.º), a seleção do sexo que não esteja vinculada à prevenção de uma distrofia muscular do tipo Duchenne ou de enfermidades análogas muito graves da futura criança, sendo, em algumas ocasiões, obrigatório um ditame emitido pela autoridade competente (art. 3.º), a transferência de um embrião formado extracorporalmente ou extraído do útero antes de concluída a aninhacão, ou o desenvolvimento extracorporal de um embrião se não for para produzir uma gravidez (art. 2.º), e outras condutas mais entre as que se destacam as que possam dar lugar a embriões 'sobrantes' ou a embriões extranumerários, a inseminação de um óvulo não destinado a permitir a gravidez da mulher da que provem aquele, assim com a maternidade sub-rogada (art.). Em geral, a mulher que participa nesta técnicas não é castigada.

Em resumo, trata-se de uma regulamentação que não normatiza diretamente os procedimentos das diversas práticas das que se ocupa, e sem que descreve e sanciona o penalmente proibido, de onde logicamente podem ser deduzidas as práticas que estão permitidas. A principal crítica recai não só na técnica seguida, como também em se não se haverá ultrapassado os limites de intervenção mínima do DP, podendo haver deixado alguns comportamentos proibidos ao âmbito do ilícito administrativo, assim como que não se relaciona com seu entorno, pois, em outros países não foram adotados critérios tão restritivos, o que poderia situar em desigualdade a atividade investigadora sobre esta disciplina na RFA.¹¹⁰ De qualquer maneira, mesmo parecendo excessivamente rigorosa esta Lei, por seu conteúdo exclusivamente criminalizador, tem a seu favor que foi muito mais clara e decidida sobre os comportamentos que quer proibir – por mais

110. GEILEN, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, cit., 840 e s.

discutíveis que sejam em alguns casos –, diferentemente da Britânica e da Espanhola sobre Técnicas de Reprodução Assistida, que se desenvolvem num tempestuoso oceano de ambigüidade e indeterminação provavelmente calculadas.

Também a Áustria¹¹¹ e a França¹¹² configuraram algumas infrações sobre este tema, devendo-se destacar que a primeira não inclui delitos, enquanto que a segunda ultrapassou em matéria penal o princípio de mínima intervenção, ao haver elevado a delito condutas que representam meras infrações procedimentais, devendo por isso haver permanecido no âmbito do ilícito administrativo, além de que algumas penas são excessivamente elevadas.

Fora do âmbito europeu, merece ser destacada a Lei brasileira sobre a utilização de técnicas de engenharia genética e liberação o meio ambiente de organismos geneticamente modificados, de 1995.¹¹³ No que se refere à intervenção no material genético humano, deve-se mencionar aqui que esta proíbe a manipulação de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano "in vivo", exceto para o tratamento de defeito genéticos, respeitando-se os princípios éticos, como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a autorização prévia do CTNBio, assim com a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8, parrs. UU, II e IV, respectivamente). Estas proibições constituem infrações penais, com penas privativas de liberdade que oscilam entre três meses e vinte anos, com tipos agravados construídos em atenção aos resultados produzidos

111. Lei Federal de 14 de julho de 1994, *mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Genterapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird*. O § 109 contém na realidade infrações e sanções administrativas, deixando ressalvado que os comportamentos possam constituir infração penal.

112. Lei n. 94-654 de 29 de julho de 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. É atraente a técnica adotada pelo legislador francês, consistente em que a descrição das infrações aparece desnecessariamente repetida na Lei n. 94.653, da mesma data, *relative au respect du corps humain*.

113. Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995 que Regulamenta os incisos II e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e dá outras providências.

(art. 13, parrs. I, II e III). Numa breve e superficial análise da lei em seus aspectos penais pode-se assinalar a seu favor o respeito ao princípio de taxatividade, pois, em geral, os tipos aparecem bem definidos, assim com a preferência, neste tema, de sua regulamentação por uma lei especial, apesar de que este tenha sido um recurso aparentemente utilizado em excesso pelo legislador brasileiro. No entanto, apresenta outros aspectos censuráveis,¹¹⁴ como a inclusão de resultados que em alguns casos poderiam ser diretamente abarcados pelos tipos gerais de homicídio, aborto e lesões do CP brasileiro (arts. 121, 125 e 129, respectivamente) e que em outros parecem de impossível produção e consequência da ação típica,¹¹⁵ e se se houvesse perseguido com tal inclusão na lei especial a agravação das penas (constituir tipos agravados), que não foi o caso, não se justificaria esta agravação por um suposto desvalor da ação que representaria o meio comissivo da intervenção no material genético humano, nem tampouco explica um pretenso assecuramento da tipicidade destes resultados, perfeitamente adequados aos delitos do CP brasileiro mencionados, tanto desde este ponto de vista como do da ação típica; o marco penal é excessivamente amplo em alguns casos (p. ex., a pena pode oscilar de seis a vinte anos, se o resultado é de morte, ou de dois a oito anos, se o resultado é de aborto ou de determinadas lesões especialmente graves), o que contradiz o princípio de segurança jurídica, e isso apesar de que estes marcos penais hajam sido transcritos das figuras delituosas contra a vida ou integridade pessoal que incorporam resultados idênticos do CP brasileiro; finalmente, em alguns casos se ultrapassa o princípio de mínima intervenção do DP, como acontece, por exemplo, com a tipificação penal de toda manipulação genética de células germinais humanas, em particular se estas não vão ser utilizadas com fins reprodutivos, pois com isso se pode prejudicar a investigação, e não parece deduzir-se das competências assinaladas pela lei a determinados organismos públicos que podem autorizar a investigação em células germinais sem fins reprodutivos; por outro lado, sem desconsiderar estas últimas observações, deveria haver sido expressamente mencionado o zigoto em sua fase do totipotencialidade junto às células germinais, pois mesmo aquele estando formado com características semelhantes a estas, não são em sentido estrito germinais.

114. V., mais extensamente, considerações críticas sobre os tipos penais desta lei em SILVA FRANCO, *Genética humana e Direito*, cit., pp. 24 e s.

115. Censura também esta técnica legislativa SILVA FRANCO, *lug cit.*, p. 25.

4.3.2. O modelo espanhol? O Código Penal de 1995¹¹⁶

O Código Penal de 1995 introduziu várias figuras delituosas agrupadas sob a rubrica comum de "Delitos relativos à manipulação genética".¹¹⁷ Seu antecedente direto e imediato encontra-se no Projeto de CP de 1992. Este foi claramente superado por seu sucessor nos numerosos defeitos técnicos (descuido do princípio de taxatividade e abuso das normas penais em branco, com seus efeitos perniciosos para a segurança jurídica) e político-criminais (desatenção ao princípio de mínima intervenção de DP) que apresentava. Nada obstante, o texto aprovado também incorre em alguns graves defeitos, como comprovaremos a seguir.

Recordemo-nos brevemente que o Projeto do CP de 1992, sob a rubrica de "A manipulação genética, de embriões e fetos humanos e a inseminação artificial consentida", incorporava delitos novos com a pretensão de castigar alguns comportamentos especialmente graves: 1.º a manipulação de genes humanos de maneira que se altere o tipo constitucional vital, com finalidade distinta a da eliminação ou diminuição de enfermidades graves, seja dolosamente ou por imprudência grave (art. 167. 1 e 3); 2.º qualquer outra manipulação de genes humanos realizada com infração do estabelecido nas leis (art. 167.2); 3.º a aplicação da tecnologia genética para determinar o sexo de uma pessoa, sem consentimento de seus progenitores (art. 168); 4.º a doação, utilização ou destruição de embriões e fetos humanos, ou de suas células, tecidos ou órgãos, fora dos casos autorizados pela Lei (art. 169). A maior parte destes delitos pretendia dar uma cobertura penal às proibições que se estabelecem nas duas leis de 1988, mas nem todos os delitos previsto abarcavam hipóteses de manipulações genéticas, ao incluir outros mais especificamente relacionados às técnicas de reprodução assistida. O tipo imprudente seria aplicável às manipulações em genes humanos com qualquer fim, incluindo o terapêutico, ao não especificar de outro modo. No entanto, a consolidação dos tipos penais concretos não foi então muito afortunada. Por mencionar alguns exemplos reveladores da displicência do legislador,¹¹⁸ a referência ao "tipo constitucional vital"

116. V. sobre o que segue nesta epígrafe, José Luís DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal de 1995*, em "Rev. Der. Gen H" n. 5, 1996 (no prelo); Juan Ramon LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Um comentário genético*, no mesmo lugar.

117. Título V do Livro II (arts. 159 a 162).

118. V. observações críticas ao Projeto de 1992 em CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no*

introduzia um conceito jurídico indeterminado, gerador de clara insegurança jurídica, ao não se poder deduzir seu conteúdo nem do ordenamento jurídico nem das Ciências Biomédicas; Por isso, no debate parlamentar se substituiu tal cabalística expressão pela de “genótipo”¹¹⁹ que melhorava a redação, e persistiu no CP de 1995, o que por tal motivo comentaremos mais abaixo. Quanto ao delito sobre a determinação do sexo de uma pessoa sem o consentimento dos progenitores, referia-se à fixação ou seleção do mesmo e não a sua averiguação, como podia fazer crer a desapropriada palavra “determinação”, e ressaltava já o princípio de mínima intervenção. Em relação à doação, utilização ou destruição de embriões e fetos humanos, etc., a remissão global à lei (parece que à Lei 42/1988) podia dar lugar a incriminação de infrações de escassa relevância para a proteção daqueles, pressupondo também um palpável abuso da técnica penal em branco.

O novo CP experimentou um processo transformador quanto à inclusão dos delitos de – impropriamente – “manipulação genética”. Com efeito, o Projeto de 1994, do que procede o CP de 1995, previa que os delitos configurados fossem incorporados às leis de 1988.¹²⁰ No curso do debate parlamentar¹²¹ optou-se por mantê-los no CP, no lugar indicado, do mesmo modo que havia sido proposto pelo Projeto de 1992. Como foi assinalado mais acima, esta decisão não deve ser em si mesma motivo de crítica, e inclusive contou com decididos partidários na doutrina espanhola, ainda que me pareça que teria sido mais oportuna sua manutenção nas leis especiais pois a norma não teria sofrido uma diminuição em sua força interpretativa nem a pena em seu fim preventivo geral e, por outro lado, teria sido possível satisfazer melhor a necessária vigilância político-criminal por parte do legislador da adequação destes delitos à constante e rápida evolução científica e social que envolvem, ou seja, sua possível reforma num prazo mais breve que a de outros delitos do CP. Em qualquer caso

consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992, cit., pp. 225 e ss.; GONZALEZ CUSSAC, Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española, cit., pp. 84 e ss.; HIGUERA GUIMERA, El Derecho Penal y la Genética, cit., p. 221 e s. 223 e ss.; PERIS RIERA, La regulación penal de la manipulación genética en España, cit. pp. 141 e ss; ROMEO CASABONA, Límites penales de la manipulación genética, cit. pp. 209 e ss.

119. V. Boletim Oficial “de las Cortes Generales”, Câmara dos Deputados, Série A, n. 102-10, pp. 536 e 623.

120. De acordo com a redação inicial das Disposições Finais Segunda e Terceira.

121. Sessão Plenária de 27 de junho de 1995, Boletim “de las Cortes Generales, n. 158, p. 8396, segundo informam LÓPEZ GARRIDO / GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 100.

o traslado em “pacote” de delitos a um mesmo título não pode ser mais desafortunado. Primeiro por razões sistemáticas, pois não se conseguiu uma unidade de perspectiva; tanto em relação ao bem jurídico protegido, que é plural e diverso, como às condutas que se integram, também diversas e nem sempre enquadráveis como manipulação genética, por muito amplo que seja o significado que se queira predicar dessa expressão. E em segundo lugar, ao perder-se seu contexto geográfico inicialmente previsto, ou seja, o das leis de 1988, a interpretação dos tipos pode ocasionar graves riscos. Além disso, a pena de inabilitação especial, prevista para todos estes delitos – e para outros, tal foi a generosidade com que recorreu a ela o legislador neste Código, o que mereceria um comentário aparte – indica que o legislador está pensando em destinatários muito concretos, os mesmos que os das referidas leis, as quais só autorizam a realização destas ações os profissionais que cumprem determinados requisitos estabelecidos nelas. Por estas razões, talvez houvesse sido mais oportuno haver mantido o propósito inicial de incorporar os tipos correspondentes às leis especiais, pois ao menos essas disfunções haveriam desaparecido de forma instantânea; a não ser que o legislador tivesse sido mais diligente em sua tarefa de traslado ao CP. Mas insisto uma vez mais que esta não é uma questão fundamental, a inclusão no Código não é criticável em si – apesar de pressupor uma determinada opção político-criminal – senão sua tosca passagem ao mesmo: não se tratava de “cortar e colar”, procedimento que se poderia chamar cibernético, e sim, de adaptar e remodelar, o que se poderia considera mais científico e legislativo.

Com efeito, junto ao tipo penal que dá, em sentido estrito, nome à inexata rubrica do Título que agrupa as diversas figuras nele incluídas, o da manipulação genética (art. 159),¹²² encontramos outros que se aparentam com estes, como é a criação de seres humanos idênticos por clonagem e outros procedimentos dirigidos à seleção da raça (art. 161.2); é tarefa complexa identificar neles o bem ou bens jurídicos protegidos, motivo pelo qual a deixamos para mais adiante.¹²³ Encontramos, além disso, a fecundação de óvulos humanos com qualquer fim distinto do da procriação humana (art. 161.1) a respeito do que poderíamos afirmar a proteção do embrião pré-implantatório – in vitro – enquanto tal como bem jurídico; a prática da reprodução assistida

122. V. sobre as diferentes interpretações que podem resultar desta expressão. MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, cit., p. 5. V. também precisões conceituais e terminológicas de SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 18.

123. Sobre a identificação dos bens jurídicos em relação às condutas incluídas no novo CP, aparte do indicado mais acima, já me havia ocupado em *Limites penales de la manipulación genética*, cit.m, pp. 200 e ss.

em uma mulher sem seu consentimento (art. 162) requisito de proteção da liberdade reprodutiva desta. Finalmente a utilização de engenharia genética para produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana (art.160), protege esta, mas por isso seria mais passível de ser integrada à segurança do Estado ou aos interesses da Comunidade Internacional, e, conseqüentemente, acredito que é até certo ponto secundário o procedimento – a engenharia genética – frente a sua potencialidade destrutiva, como o são outras armas como semelhante capacidade de destruição massiva do ser humano, como é o caso das armas nucleares ou das bioquímicas.

Em resumo, sem ser oportuna ainda uma revisão do conjunto do Código no que se refere a este tema – o que será feito mais adiante –, confirma-se a impressão anterior de que introduz uma profunda quebra na pretensão sistemática de integração dos delitos em atenção ao bem jurídico protegido, como poderia ser o embrião pré-implantatório, pois nem sempre é este o interesse comprometido; tampouco foi conquistada a unidade de perspectiva através dos comportamentos agressores, a manipulação de genes, pois há um delito que não as comportam (reprodução assistida não consentida), outros dois – o de clonagem e outros procedimentos de seleção da raça –, segundo o estado atual da ciência,¹²⁴ não a resolveriam e, finalmente, o da produção de armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana não requer necessariamente a manipulação de genes humanos, como parece exigível tendo em vista sua localização nos delitos conta a vida e a integridade humanas. Finalmente, o novo CP conta com um novo delito que pode comportar manipulações em genes humanos, senão de organismos vivos, mas encontra-se apesar da similitude parcial da forma de comissão, acertadamente neste caso, em outro lugar.¹²⁵ Ao contrário, tal pluralidade de bens jurídicos e de modalidades comissivas

124. Assim nos recorda a respeito da clonagem, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit. pp. 264 e ss.

125. Com efeito no Título XVII, “Delitos contra a segurança coletiva”, o art. 349 diz assim: “Aqueles que, na manipulação, transporte e posse de organismos, infringirem as normas ou medidas de segurança estabelecidas, pondo em concreto perigo a vida, a integridade física, ou a saúde das pessoas, ou o meio ambiente, serão punidos com as penas de prisão de seis meses a dois anos, multa de seis a doze meses e inabilitação especial para o emprego ou cargo público, profissão ou ofício por tempo de três a seis anos. V. também o art. 325 (delito contra o meio ambiente) e a Lei 15/1994, de 3 de junho, pela qual se estabelece o regime jurídico da utilização confinada, liberação voluntária e comercialização de organismos modificados geneticamente, para fim de prevenir os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente, em cujo art. 2.º a) se define a palavra “organismo”.... “qualquer entidade biológica capaz de reproduzir-se ou de transferir material genético, incluindo-se dentro deste conceito as entidades microbiológicas, sejam ou não celulares.

teria sido irrelevante se houvessem sido incorporadas as leis especiais, pois estas estão precedidas por um conjunto de atividades relacionadas à reprodução humana, à investigação no genoma humano, que por isso são pluriofensivas (mesmo que não necessariamente delitos pluriofensivos). No entanto, não creio que, tendo em vista os delitos introduzidos, tenha sido vulnerado o princípio de mínima intervenção, como sucedia com o Projeto de 1992, excetuando-se a enorme amplitude compreensiva a que obriga a redação do delito de manipulação genética, como teremos oportunidade de comprovar.

Vejamos mais detalhadamente os delitos introduzidos, que ordenamos de maneira expositiva, na medida do possível, de forma mais sistemática e coerente, em atenção à rubrica que da nome a todos eles.

a) Manipulações genéticas

Art. 159: "1. Serão castigados com as penas de prisão de dois anos inabilitação especial para emprego público, profissão ou ofício de sete a dez anos os que, com finalidade distinta à eliminação ou diminuição de taras ou enfermidades graves, manipulem gentes humanas de maneira que se altere o genótipo. 2. Se a alteração do genótipo for realizada por imprudência grave, a pena será de multa de seis a quinze meses de inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício de um a três anos".

1. *O bem jurídico protegido.* A ação típica, representada pela manipulação de genes humanos de maneira que altere o genótipo, refere-se a qualquer gene humano, o que parece ultrapassar inclusive o marco de cobertura das leis de 1988, que incluem unicamente os gametas, embriões e fetos humanos.¹²⁶ No entanto, o bem jurídico protegido por este delito supera com acréscimo este âmbito, o que é censurável. Com efeito, já se havia advertido sobre a necessidade de delimitar suficientemente os delitos de aborto, lesões ao feto e algumas condutas de manipulações genéticas, com o fim de evitar confusões.¹²⁷ Como vamos tentar demonstrar a seguir, o tipo abarca inclusive os já nascidos.

Dada a amplitude da redação do tipo, dever-se-ia admitir várias hipóteses de manipulações de genes humanos: 1.º no ser humano já nascido (intervenção genéticas na linha somática), que de serem

126. Sobre o dito e o que segue já me pronunciei em *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, cit., pp. 99 e ss.

127. GONZALEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 88.

possíveis e sendo feitas com finalidade distinta à que prevê o Código, deveria remeter-se aos delitos de lesões corporais,¹²⁸ inclusive se fosse praticada contra um grupo racial ou étnico, ao delito de genocídio. 2.º Em partes ou elementos de um ser humano que não vão ser incorporadas a ele ou a um terceiro, p. ex., com fins de investigação, comportamento que seria em princípio típico, mas desnecessariamente, pois como já foi assinalado por Peris Riera,¹²⁹ o tipo, aplicado literalmente poderá abarcar inclusive a manipulação de células tomadas de qualquer lugar do organismo humano – uma célula epitelial, põe como exemplo a futilidade da ação – para seu mero cultivo em laboratório. 3.º Se a manipulação recai especificamente sobre gametas humanos (variante do suposto anterior), seria possível sua penalização de acordo com tal tipo delituoso, o que é correto em sendo utilizado posteriormente para a reprodução humana, mas seria também excessivo se realizado somente com fins de investigação e sem ater-se ao propósito de utilizá-los posteriormente para esta finalidade. 4.º Finalmente, a manipulação pode recair sobre embriões ou fetos; quanto aos primeiros, no caso de encontrarem-se ainda “in vitro” e serem destinados à reprodução humana, está também justificada sua tipificação, mas ao mesmo tempo o CP estaria tomando partido contra a investigação genética sobre a investigação do genótipo, o que, nada obstante, não parece proibido por nenhuma das duas leis de 1988, ao menos se aqueles são inviáveis; quanto ao embrião implantado e ao feto, sua integridade já está coberta pelo delito de lesões ao feto e, em seu caso, pelo de aborto. De qualquer maneira, nestes casos, salvo o segundo, é possível encontrar um campo próprio para o delito de manipulações genéticas: as intervenções aperfeiçoadoras ou de melhora ou de mera seleção de certos traços fenotípicos (p. ex., a cor dos olhos ou a estatura), que inclui o tipo, pois, em sentido estrito, não pressupõem um menosprezo ou preconceito para o afetado ou futuro ser, e por este motivo me parece duvidoso que estas ações sejam abarcadas pelos tipos de lesões corporais – o nascido – e de lesões ao feto. Por conseguinte, deve-se concluir que são intervenções de eugenia positiva que a lei (e o legislador ?) quis proscrever com este delito, tanto em relação ao possível futuro ser (gametas e embrião “in vitro”), o futuro (embrião implantado e o feto) ou o já nascido, deixando aberta a questão de se isso é possível em cada um deles de acordo com o estado atual da ciência.

128. Deixando agora sem esclarecimento a dúvida de que se essa modificação supõe uma melhora orgânica ou psíquica – mas não terapêutica –, para o afetado talvez fossem inadequados os delitos de lesões corporais em sua redação atual.

129. V. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación en España*, cit., pp. 174 e s.

Devo insistir: se houvesse sido incluído este delito na Lei 42/1988, como estava previsto inicialmente, teria sido possível introduzir algum critério restritivo teleológico em função do bem jurídico protegido, posto que essa lei se ocupa de embriões e fetos humanos e somente a respeito das manipulações destes seria aplicável o delito. No entanto, pouco haveria sido ganho, pois de acordo com a Exposição de Motivos daquela lei, seu campo de aplicação reduz-se aos embriões e fetos humanos no útero da mulher e ficaria excluído o embrião pré-implantatário.¹³⁰ Consequentemente, o tipo delituoso tinha que haver feito referência ao sujeito passivo da infração penal. Em se aceitando as sugestões que propus mais acima para o embrião pré-implantatário “in vitro”, neste delito deveria ser incluída, em lugar de “manipulem genes humanos”, a seguinte frase: “manipulem [ou, alternativamente: ‘intervenham em’] genes de um embrião ou de um feto humanos no curso da gravidez ou em gametas humanos ou em um embrião ‘in vitro’ com o fim de destiná-los à procriação”, mantendo ou adaptando o resto da descrição típica. Naqueles, diferentemente do ser humano nascido – para o qual foi proposta sua exclusão deste tipo e sua recondução aos delitos de lesões corporais –, as conseqüências para o futuro novo ser podem ser muito mais graves.

Concluindo, podemos sustentar que o bem jurídico protegido por este delito apresenta uma dupla perspectiva: uma individual, referida à integridade genética do embrião pré-implantatário, do embrião e do feto e do ser humano nascido; a outra coletiva, referida à inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético da espécie humana, excetuando-se o tratamento de enfermidades graves, em coerência com a interpretação sustentada pouco mais acima de que a norma proíbe também as intervenções genéticas aperfeiçoadoras, já que, em sentido estrito, não comportam necessariamente um menosprezo à integridade do indivíduo nem por isso dariam lugar a um delito de lesões corporais. Esta não afetação individual obriga à dedução da existência do interesse supra-individual proposto. Os gametas humanos e o embrião “in vitro” não são protegidos por si mesmo, senão na medida em que através deles podem ser afetados futuros seres humanos e a espécie humana. É também resultante desta proteção a dignidade das pessoas afetadas por estas manipulações, sem que constitua, em minha opinião, um bem jurídico

130. Assim diz: “Nesta Lei, regulam-se a doação e utilização dos embriões e dos fetos humanos, considerando aqueles desde o momento em que se implantam estavelmente no útero e estabelecem uma relação direta, dependente e vital com a mulher gestante. Por razões práticas, e para evitar a reiteração, não se faz referência aqui à doação e utilização dos gametas ou dos óvulos fecundados *in vitro* e em desenvolvimento, ou embriões pré-implantatários com fins reprodutores ou outros, já que se contém na Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida.

autônoma e diretamente protegido. Esta dupla perspectiva do bem jurídico, conseqüente também pela não diferenciação pela lei entre intervenções – curativas – na linha germinal e na linha somática, traz consigo várias conseqüências: o delito tem, alternativamente, uma estrutura de delito de resultado e de delito de perigo (abstrato). formular-se-ão também incidências de delitos quando se afete através da manipulação genética o bem jurídico supra-individual além do individual protegido por um delito diferente (ainda que não pareça fácil que ocorra: p. ex., que se altere a capacidade reprodutiva de um indivíduo mediante uma manipulação genética em seus órgão reprodutivos).

Nada obstante, de “lege lata” é necessário encontrar algum critério restritivo com o fim de evitar a excessiva amplitude atual do tipo, fruto de tão desenfreado empenho do legislador.

2. *Tipicidade*. Distinguiremos os elementos que afetam o tipo objetivo e o tipo subjetivo, deixando à margem os aspectos recém assinalados em relação ao bem jurídico.

Tipo objetivo. Em primeiro lugar,¹³¹ a ação consiste em manipular genes humanos, no sentido de intervir diretamente sobre eles, mediante a supressão, adição, substituição ou modificação de genes humanos, independentemente da impossibilidade técnica atual de alguns destes procedimentos; a substituição inclui a da dotação genética completa (p. ex., por transplante dos órgãos da reprodução).¹³² Da palavra “manipular” parece deduzir a inclusão de procedimentos exógenos indiretos para incidir nos genes: radiações ionizantes, substâncias bioquímicas etéreas, etc. São procedimentos diretos de intervenção as manipulações “in vivo” e “ex vivo” pelas quais são introduzidas no organismo células – inclusive provenientes do próprio receptor – com seus genes modificados. No entanto, há um caso problemático em relação a uma hipótese que costuma proibir penalmente em direito comparado (consiste-se na fecundação de um gameta humano com outro animal); em sentido estrito, não se manipula nenhum gene nem se altera um genótipo preexistente (como acontece também com a fecundação entre gametas humanos, tanto na reprodução natural como na assistida), senão que, partindo de duas dotações genéticas diferentes ímpares mais completas, ainda que insuficientes para gerar vida (pois a dotação deve ser par), forma um novo, apesar de que híbrido e incapaz de chegar a seu pleno desenvolvimento

131. V., mais amplamente, sobre seu predecessor, o Projeto de 1992, no que é ainda válido, e sobre o Projeto de 1994, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 143 e ss. e 174 e ss., respectivamente.

132. V. Carlos María ROMEO CASABONA, *La Biotecnología entre la Bioética y el Derecho*, “Folia Humanística”, 1986, 6 e ss.

por ser – por agora – geneticamente inviável. Mais abaixo veremos se esta ação é possível para os tipos relativos à seleção da raça e à fecundação de óvulos humanos com fins distintos à procriação humana. Com dizia mais acima, a manipulação típica pode recair em gametas humanos, mas com a restrição sugerida também de que somente quando estes sejam utilizados para a reprodução.

O resultado consiste na alteração do genótipo, isto é, uma alteração, em princípio, permanente (“altere”). Por genótipo podemos entender o conjunto de características hereditárias biológicas de um organismo, que podem manifestar-se ou não neste e transmitir-se a sua descendência. Nada obstante, a palavra “genótipo” está incompleta, pois não assinala de que se predica sua alteração. Por isso dever-se-ia entender, em atenção ao bem jurídico que se pretende proteger e à gravidade das penas estabelecidas – o que deve excluir do âmbito típico as condutas inócuas ou insignificantes –, que se refere ao genótipo “de um ser humano”, mas de acordo com o estabelecido mais acima, nascido, por nascer e por ser ‘gestado’ (“in vitro” ou gametas). A mera manipulação sem o resultado indicado constitui tentativa punível (art. 16 do CP).

Formalmente o delito pode ser cometido por qualquer pessoa; entretanto, a finalidade de eliminação ou diminuição de enfermidades graves, que exclui o tipo, assim como outras que poderiam estar amparadas por uma causa de justificação requerem, de acordo com a lei, autorização para os centros nos que se realizem e, por isso, também os profissionais que vão realizar a intervenção, ainda que no primeiro caso o não cumprimento deste requisito não afetaria sua tipicidade. O sujeito passivo poderá ser a pessoa nascida, o embrião implantado e o feto. O objeto material da ação será o corpo de uma pessoa, o embrião implantado ou feto viáveis que se encontram no corpo de uma mulher e os gametas e o embrião “in vitro” viável utilizados no laboratório.

Tipo subjetivo. Além do dolo é necessária a participação do elemento subjetivo do injusto, radicado na finalidade não terapêutica perseguida. Portanto, o tipo não abarca a alteração do genótipo com finalidade terapêutica ou preventiva, ou seja, de eliminar ou diminuir taras ou enfermidades graves, intervindo-se na linha somática ou na germinal. Em primeiro lugar, a exclusiva referência a taras ou enfermidades tipifica, a “sensu contrario”, as práticas aperfeiçoadoras, de melhora ou de eugenia positiva; em segundo lugar, a palavra “graves” é um elemento normativo; deve-se vincular esta expressão ao que por tal entendem as leis a respeito dos pré-embriões “in vitro”, pré-embriões, embriões e fetos no útero.¹³³ Nada obstante, ao não se

133. V. art. 13.3 e Disposição Final Primeira, b) da Lei 35/1988 e Disposição Adicional Primeira, b), da Lei 42/1988. Por não ter desenvolvido ainda regula-

remeter expressamente o CP às leis neste extremo, a referência que possa ser extraída das mesmas – ou dos Decretos Reais que as desenvolvam – cumpre uma função orientadora para o juiz (p. ex., para casos de dúvida) e deverá ser determinado com assistência pericial.

A modalidade *culposa* (art. 159.2), consiste na produção do resultado, ou seja, na alteração do genótipo, por imprudência grave.¹³⁴ Não obstante, existe a dificuldade sobre a determinação de que condutas – realizadas com imprudência – podem integrar o tipo: de imediato, o integram as manipulações genéticas ou intervenções de qualquer classe que não tenham como propósito a alteração do genótipo.¹³⁵ A dúvida surge em relação às manipulações genéticas realizadas de forma gravemente negligente que tendo a finalidade terapêutica admitida pela lei produzem uma alteração no genótipo distinta da projetada, alteração esta prejudicial para a saúde ou integridade do futuro novo ser. Entendo que este comportamento é também típico, pois comporta todos os elementos exigidos para a constituição do tipo: esse resultado concreto de alteração do genótipo foi consequência de uma conduta imprudente, apesar da finalidade perseguida. Esta conclusão encontra justificação no fato de que o tipo imprudente não se remete ao parágrafo anterior para a descrição da conduta, motivo pelo qual o elemento subjetivo do injusto do tipo doloso não constitui um obstáculo para a construção do tipo imprudente de forma autônoma.

3. *Antijuricidade*. Apesar das dificuldades existentes para a exclusão de qualquer outra possibilidade que apresente o elemento subjetivo do tipo (“com finalidade distinta à eliminação ou diminuição de taras ou enfermidades graves”), deve-se entender que alguns comportamentos típicos com uma finalidade distinta à excluída expressamente do delito podem estar, entretanto, justificados com a atuação nos casos autorizados pelas leis,¹³⁶ por exemplo, com fins de investigação, experimentação ou outros industriais, operando através da causa de justificação do n. 7 do art. 20 do novo Cp, atuar no exercício legítimo

mentarmente esta matéria caberá inicialmente ao profissional a valoração da gravidade, revisto judicialmente.

134. GONZALEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., pp. 85 e 88 considera discutível a incriminação deste delito por imprudência, por ser, em sua opinião, pouco respeitosa com o princípio da mínima intervenção.

135. V. LÓPEZ GARRIDO / GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 e a vontade do legislador*, cit., p. 99.

136. V., neste sentido, arts. 14 a 16 da Lei 38/1988, e arts. 7 e s da Lei 42/1988.

da profissão. Do contrário, seria necessário entender como derogados os preceitos que regulam e autorizam as outras finalidades previstas pelas leis de 1988, o que não foi vontade da lei.

4. *Concursos.* já adiantamos algumas considerações sobre este particular. Se a alteração do genótipo afeta um ser humano já nascido, poderia haver uma concorrência de leis com os delitos de lesão corporal (arts. 149 ou 150), a ser resolvido através do princípio de alternatividade (arts. 8.º e 4.º do CP de 1995). Do mesmo modo devem ser resolvidas as possíveis concorrências com o delito de aborto e com o de lesões no feto.¹³⁷ Nada obstante, tais concorrências não existirão sempre de forma necessária, pois é possível que a manipulação consista em alguma melhora ou aperfeiçoamento fenotípico – ainda que por agora seja um vislumbre –, e em rigor não se haveria produzido um dano grave no norma desenvolvimento do feto ou uma tara em sua integridade física ou psíquica ou na integridade ou saúde do já nascido. De ser este o caso, seria unicamente aplicável o delito de manipulação genética; de não sê-lo, haveria uma concorrência de leis, a ser resolvida de acordo com os critérios propostos.

Resumindo, podemos concluir que o delito mais importante ou identificativo dos agrupados sob o mesmo título, é, provavelmente, o mais imperfeito desde o ponto de vista técnico.

b) Clonagem e procedimentos para a seleção da raça

Artigo 161: “2. Com a mesma pena castigar-se-ão a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça”.¹³⁸

O tipo está redigido de forma muito confusa, pois não fica claro qual é o núcleo da ação: se a criação de seres idênticos mediante os dois procedimentos que assinala o preceito, ou esta conduta e a utilização de qualquer procedimento com fins de seleção da raça. A segunda interpretação vem induzida pelo emprego do verbo “castigar” no plural (castigar-se-ão), que faz alusão a condutas diferentes, além da omissão da segunda preposição “por” imediatamente antes de “outros procedimentos”, que permitiria estabelecer melhor uma unidade descritiva da ação. No entanto, a favor da primeira interpretação entra em jogo a omissão de um verbo ou substantivo que expresse uma ação

137. V. CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 229.

138. V. uma proposta em sentido muito similar, ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 206.

diferenciada para o segundo inciso (p. ex., “utilizar” ou “a utilização”); e a preposição “ou” sugere a alternatividade dos procedimentos para a criação de seres idênticos. Volta a ser deplorável a imperfeição do legislador na consolidação destes em si tão complexos delitos.

Sendo admissíveis ambas as interpretações, inclino-me pela segunda – dois tipos diferenciados –, que é mais ampla, dada a gravidade destas condutas, além de que a criação de seres por clonagem não significa necessariamente que se tenha que perseguir sempre a seleção da raça, sem desconsidera o fato de que um vez “selecionada” uma raça, seja a clonagem o procedimento idôneo para a reprodução em série da seleção obtida. A ajuda definitiva para o critério apontado pode ser obtida da Disposição final terceira, que derroga várias infrações administrativas da Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida, em concreto, em relação ao caso que estamos examinando, as contidas nas letras “k” e “l” do art. 20. B. 2: criar seres humanos idênticos, por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça; e a criação de seres humanos por clonagem em qualquer das variantes ou qualquer outro procedimento capaz de originar vários seres humanos idênticos. Não é que o legislador haja utilizado uma técnica refinada e depurada com a redação desta lei de 1988, cujos termos de confusão encontram aqui uma de suas maiores e não isoladas conquistas. De qualquer maneira, tentaremos oferecer uma interpretação o mais coerente possível.

Com efeito, na linha interpretativa proposta, a supressão desta segunda infração sugere que nem toda clonagem estará dirigida à seleção da raça, assumindo para isso que dita supressão se justifica porque o comportamento fica integrado neste tipo penal; do contrário, haver-se-ia mantido como infração na lei indicada. Por conseguinte, com a derrogação destas infrações o legislador quis salvar o princípio “ne bis in idem”, de modo que as infrações que passaram a converter-se em delito no CP foram suprimidas. Isto significa, como proponho, que deve-se entender que ambas as infrações, que apresentam um conteúdo diferente, ainda que próximo, forma absorvidas pela figura delituosa que estamos analisando. Em minha opinião, a primeira infração administrativa proíbe a criação de seres idênticos por clonagem ou por outros procedimentos com o fim de selecionar a raça; e a segunda criação de seres idênticos por similares procedimentos (clonagem e “outros”) com qualquer outra finalidade. Se foram suprimidos daquela lei significa que ambas devem estar integradas – ainda que de forma questionável – no delito. Do contrário, dever-se-ia concluir que a criação de seres idênticos com uma finalidade distinta à seleção da raça é lícita, pois não seria delito nem tampouco infração administrativa, mas a gravidade do fato não se compadece com esta conclusão, motivo pelo qual deve ser rechaçado. Deste modo, o plural

de “castigar-se-ão” adquire pleno sentido, apesar de sua imperfeição. Em resumo, ainda que o tipo delituoso coincida eu sua redação com a primeira infração administrativa derogada (salvo uma significativa vírgula, que foi eliminada) deve ser entendido que, por um lado, recorre-se à criação de seres humanos idênticos por clonagem com qualquer finalidade (indubitavelmente, também a seleção da raça), fim que não está abarcado pelo tipo, e, por outro, a utilização de qualquer procedimento dirigido à seleção da raça. Não nos esqueçamos de que o único procedimento atualmente conhecido em hipótese para criar seres humanos idênticos é a técnica da clonagem (em sua variante de divisão de um embrião), e mesmo considerando o fato de a seleção da raça pressupor, em geral, a configuração de indivíduos com semelhantes características fenotípicas, o fim de seleção da raça não inclui no tipo que tal resultado chegue a produzir-se (delito de intenção de resultado cortado): um vez conseguido um “exemplar” com certas características diferenciadas dos demais seres humanos (de outra “raça”) por qualquer procedimento, será necessária a clonagem para a repetição de outros indivíduos geneticamente idênticos. O legislador deveria revisar tanto as Leis de 1988 como o CP, ainda que fosse só para melhorar sua redação,¹³⁹ sem entrar em outras não menos importantes considerações político-criminais.

De qualquer maneira deve ser avaliada favoravelmente a introdução destes dois tipos delituosos, por seus previsíveis efeitos preventivos frente a certas linhas de investigação e de experimentação, mais que os fatos penados em si mesmos, pouco fatíveis num futuro imediato. O bem jurídico protegido é de caráter coletivo: a identidade e irrepetibilidade do ser humano,¹⁴⁰ em primeiro caso, e estes e a intangibilidade do patrimônio genético, no segundo caso. Também não deve ser esquecida a importância da diversidade biológica, como garantia da sobrevivência das espécies, neste caso a humana. Nada obstante, ambos apresentam uma projeção individual, já que tal lesão comporta ao mesmo tempo um atentado à dignidade das pessoas afetadas, no caso de cheguem a nascer.

O primeiro tipo abarca não as práticas de clonagem em si mesmas, que de serem realizadas sobre um óvulo mediante sua enucleação e

139. Outro defeito, p. ex., se refere “à mesma pena se imporá”, quando no parágrafo anterior se mencionam duas cumulativas; salvo se o errôneo se encontre em outros preceitos, que, num caso similar, fazem uma remissão no plural (p. ex. art. 197.2; ao contrário, o art. 195.2 efetua uma remissão no plural quando, no parágrafo anterior, não cabe dúvida de que a pena é única).

140. Neste sentido, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 247, embora como concreções da dignidade humana.

introdução de um novo núcleo de uma célula somática, poderiam dar lugar ao tipo de manipulação genética, e sim a criação de seres idênticos por clonagem, ou seja, que nasçam vários seres humanos fruto dessa técnica portadores de uma mesma dotação genética, ou idêntica à de outro já nascido. Por conseguinte não afeta o tipo a obtenção de vários embriões a partir de outro prévio para utilizá-los – quando foram apreciadas dificuldades para conseguir mais pelas técnicas de fertilização “in vitro” ou de hiperestimulação ovariana – com fins diagnósticos, terapêuticos ou para dispor de vários com o fim de tentar outras tantas vezes a gravidez de uma mulher, sempre que, neste último caso, só dê lugar à gestação e nascimento de um de todos eles. De acordo com o que se vem propondo, não é exigida pelo tipo a finalidade da seleção da raça nem qualquer outra. A presença do dolo é suficiente. A tentativa existe desde que os embriões clonados sejam utilizados para a reprodução humana, ainda que esta fracasse desde seus começos. Não cabe a comissão culposa.

No segundo tipo incrimina-se a utilização de outros procedimentos dirigidos à seleção da raça. O legislador deveria haver sido mais explícito sobre os procedimentos abarcados pelo tipo, pois de entrada poderiam caber as práticas de esterilização a grupos populacionais, já tipificados no delito de genocídio (art. 607.1. 2.º). Situado em seu contexto, deve limitar-se a práticas de seleção positiva por meio de procedimentos biológicos: seleção de gametas e de zigotos sem objetivos de prevenir enfermidades; formação de híbridos de humano e animal mediante a fusão de seus respectivos gametas ou a seleção de alguns de seus genes. Em isto se realizando por meio de intervenções genéticas, entraria em concorrência com o delito de manipulações genéticas – de aplicação preferente –, pois abarca também o elemento subjetivo de seleção da raça, aqui presente. A seleção da raça não deve ser entendida, pois, como o favorecimento da extensão ou preponderância biológica de umas raças sobre outras se não forem utilizados aqueles procedimentos (inclusive, se for este o caso, provavelmente se adequaria o tipo de criação de seres idênticos por clonagem), senão como a seleção de certas características biológicas ou a criação de outras novas. Como assinalava mais acima, o resultado de seleção da raça não é requerido pelo tipo, motivo pelo qual basta a utilização de quaisquer procedimentos que possuam em si mesmos essa capacidade seletiva.

c) Fecundação de óvulos humanos sem fins de procriação

Artigo 161: “1. Serão castigados com pena de prisão de um a cinco anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício de seis a dez anos quem fecunde óvulos humanos com qualquer fim distinto à procriação humana”.

Também é satisfatória a presença deste delito, ainda que pressuponha um significativo adiantamento da intervenção do Direito Penal, pois passou de um ilícito administrativo a um ilícito penal.¹⁴¹ Nada obstante, em minha opinião, não vulnera o princípio de mínima intervenção, pois com isso se pretende evita uma coisificação e mercantilização de formas da vida humana, como seria a criação de embriões humanos ou híbridos (de espermatozóide animal e óvulo humano, mas não o inverso) diretamente para investigação e experimentação para possíveis terapias de outros seres humanos, para a indústria, etc., sem menosprezar o fato de que em certos caso (fundamentalmente, pré-embriões não viáveis ou mortos, ou a fecundação do óvulo do hamster com um espermatozóide humano: teste do hamster) tais propósitos estejam permitidos por lei sob certas condições,¹⁴² mas, de qualquer maneira, quando se trate de embriões “in vitro” obtidos inicialmente para a procriação humana. Ao mesmo tempo, este delito constitui um importante procedimento preventivo de algumas condutas proibidas em outros delitos, já comentadas.

O bem jurídico protegido é o embrião em si, pois os fins distintos da procriação não são, por definição, o favorecimento de novos seres humanos futuros aos que se pretende proteger. Por conseguinte, estes (sua integridade, dignidade, etc.) não poderiam ser o bem jurídico protegido.¹⁴³

A ação consiste em fecundar óvulos humanos, seja com espermatozoides humanos ou animais ou outro procedimento. Em qualquer caso, o âmbito da ação fica delimitado e restringido pelo tipo subjetivo, configurado, além de pelo dolo, por um elemento subjetivo do injusto, que consiste em pretender qualquer fim distinto à procriação humana. O fim procriador persiste mesmo que não cheguem a ser utilizados para a procriação todos os óvulos fecundados, seja porque se tenha logrado a gravidez da mulher nas primeiras tentativas e não seja necessário por isso recorrer aos restantes (embriões sobranes) ou porque se tenha renunciado a tal gravidez.

141. Com efeito sua proibição coincide com a da proibição do art. 3.º e da infração muito grave do art. 20.2.B, a, da Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida; esta última foi suprimida pela Disposição final terceira, 1.1.º, da Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

142. V. arts. 14 a 17 da Lei 38/1988.

143. Para GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., 831, trata-se da vida pré-natal em suas primeiras fases evolutivas, mas não é correto quando sustenta que “se pode falar novamente do direito à inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético humano e a identidade e irrepetibilidade do ser humano”, nem que a proteção gire em torno da idéia da vida pré-natal, isto é, a idônea para alcançar o estatuto de pessoa (p. 833), pois a proibição inclui, p. ex., a criação intencionada de pré-embriões não viáveis.

A consumação não requer que se levem a cabo ou que se iniciem esses objetivos, ao ser um delito de resultado cortado,¹⁴⁴ concretizado pela suficiência desse elemento subjetivo do injusto.

A hipótese remota do desenvolvimento terminal de um híbrido seria igualmente incluída no tipo, pois já não se trataria do fim de procriação humana, caracterizada biologicamente pela presença dos pares de cromossomos de origem humana, e poderia dar lugar também ao tipo de utilização de procedimentos para a seleção da raça, a resolver, com concorrência de leis, a favor deste (princípio da especialidade, pelo fim específico deste), sendo a pena idêntica para ambos os delitos.

d) Utilização da engenharia genética para a produção de armas biológicas

Artigo 160: "A utilização da engenharia genética para produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana será castigada com a pena de prisão de três a sete anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício por tempo de sete a dez anos".

Com este tipo delituoso pretende-se indubitavelmente proteger a sobrevivência da espécie humana (bem jurídico protegido) dos perigos que comporta a engenharia genética como instrumento armamentício. Por outro lado, com já havia adiantado, teria sido mais conveniente situar esta figura delituosa junto a outros delitos similares contra a Comunidade Internacional que estabeleceu o novo CP (p. ex., o delito sobre meios de combate proibidos em ocasião de conflito armado, do art. 610),¹⁴⁵ em cujo caso deveria harmonizar-se com os demais e meditar sobre a necessidade de incluir com toda nitidez as armas bioquímicas obtidas por outros procedimentos não genéticos (ainda que possam entender-se incluídas no tipo do art. 610), que têm a capacidade de produzir mutações genéticas graves nas células germinais e, por esta razão, transmissíveis à descendência.

A ação refere-se à utilização da engenharia genética sobre os genes de qualquer ser vivo, aparte dos seres humanos: animais, vegetais e, sobretudo, microorganismos (bactérias e vírus). As técnicas utilizadas

144. Neste sentido, GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, p. 833.

145. V. Protocolo de Genebra, de 17 de junho de 1925, relativo à proibição de uso em tempo de guerra, de gases asfixiantes, tóxicos ou similares meios bacteriológicos; Convênio de Genebra de 18 de maio de 1977, relativo à proibição de técnicas de modificação do meio ambiente com fins militares ou hostis.

deverão ter uma potencialidade prejudicial ou destrutiva para o ser humano. Apesar de que a produção destas substâncias e o procedimento de que deverão valer-se carecem de uma particular preparação por parte do sujeito ativo do delito em engenharia genética, não se pode considerar em sentido estrito que se trate de um delito especial próprio, pois o tipo não exige uma especial qualificação daquele, motivo pelo qual qualquer pessoa pode ser, teoricamente sujeito ativo deste delito.¹⁴⁶

O tipo subjetivo requer um elemento subjetivo do injusto, consistente na finalidade de produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana. Por conseguinte, não é necessária para a consumação a produção efetiva destas armas, que fica fora do tipo (delito de resultado cortado). Também não foi prevista a comissão culposa, previsão por demais incompatível com a atual estrutura finalista do tipo doloso. Nada obstante, deveria estar pensada a configuração de um tipo imprudente em relação ao delito do art. 349, sobre manipulação, transporte ou porte de organismos (de resultado de perigo concreto), dada sua enorme potencialidade lesiva para o ser humano e outros seres vivos. Deveriam haver sido substituídas as palavras "ou exterminadoras", pois não é necessário que tenham a qualificação forma de armas nem que seu destino preconcebido seja o bélico, sempre que se elaborem com essa finalidade de extermínio.

e) Reprodução assistida não consentida

Artigo 162: 1. Quem praticar reprodução assistida em uma mulher, sem seu consentimento, será castigado com a pena de prisão de dois a seis anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício por tempo de um a quatro anos. 2. Para proceder por este delito será preciso denúncia da pessoa afetada ou de seu representante legal. Quando aquela seja menor de idade, incapaz ou uma pessoa desvalida, também poderá denunciar o Ministério Fiscal".

Este delito conta com precedentes no direito comparado.¹⁴⁷ O bem jurídico protegido é a liberdade da mulher que ficou grávida sem seu consentimento. No entanto, não se trata tão somente da liberdade da vontade, bem jurídico especialmente protegido pelo delito de coações,

146. De opinião contrária, GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 830, que, erroneamente, em minha opinião, considera sujeito passivo "muito particularmente, aos poderes públicos", além da totalidade da espécie humana.

147. Assim, o CP português, art. 214 (v. Paula MARTINO DA SILVA, *A Procriação Artificial. Da Ética ao Direito*, in "Revista de Ciência, Tecnologia e Sociedade", n. 10, 1989, pp. 130 e ss.), e o CP colombiano (v. GONZALEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, cit., p. 124).

com o que tem certa relação, senão de algo mais grave, como a liberdade de procriação e de assumir os deveres derivados da maternidade, que é na realidade o bem jurídico protegido; ou se lhe coloca no contexto de ter que abortar, se esta permitido pela lei, o que diretamente não o está, por haver optado o legislador por regulamentar este tema em uma lei posterior, diferentemente do Projeto de 1992, que regulamentava e previa esta hipótese (art. 153.1.3.º). Tudo isso explica que a pena seja mais grave neste delito que no de coações (art. 172.1.3.º). Tudo isso explica que a pena seja mais grave neste delito que no de coações (art. 172.1). De qualquer maneira, a proximidade com este delito, apesar de algumas notáveis diferenças, e a distância dos que dão razão de ser ao Título no que foi incluído, aconselhava sua colocação junto ao mesmo. Nada obstante, pelo antecedente, deve-se considerar acertada a inclusão desta figura delituosa, já que o delito de coações nem sempre pode acolher em seu tipo todas as modalidades do de reprodução assistida sem consentimento da mulher nem, principalmente, o maior conteúdo injusto deste. Em consequência, deve-se recusar que o bem jurídico seja a integridade da mãe, pois a gravidez é um fenômeno fisiológico, ainda que neste caso haja sido provocado por meios técnicos, e de produzir-se alguma lesão ao realizar tal prática, haveria uma concorrência de delitos. Também não se pode aceitar que o seja a liberdade sexual da mulher, como chegou a ser sustentado, para o que basta recordar que estas técnicas supõem uma evidente dissociação entre o ato sexual e a reprodução.¹⁴⁸

A ação consiste em praticar reprodução assistida em uma mulher sem seu consentimento. Modificou-se a defeituosa referência à inseminação artificial do Projeto de 1992, fazendo-se alusão ao mais genérico em relação às técnicas de reprodução assistida,¹⁴⁹ posto que estas podem provocar a gravidez não consentida de uma mulher (p. ex., a transferência de embriões obtidos “in vitro” da mulher e de seu parceiro ou de doador/es). A técnica que seja utilizada deve recair diretamente sobre uma mulher e deve ser apta para lograr a gravidez desta. Assim, são atos preparatórios impunes por este delito a obtenção de sêmen do parceiro, a obtenção de óvulos da própria mulher e sua fertilização “in vitro”, dando lugar a embriões.

A consumação se produz desde o momento em que foi utilizada a técnica de reprodução assistida em uma mulher, inseminando-a por

148. V., sobre estas posturas, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., pp. 287 e ss.

149. V. o art. 1.1 da Lei 35/1988, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, que menciona quais são estas técnicas, sem prejuízo de que outras diferentes delas, que pudessem realizar-se no futuro, estariam também abarcadas pelo tipo.

qualquer procedimento ou transferindo-lhe embriões ao útero. É tarefa complexa delimitar os resultados requeridos pelo tipo, mas não me parece exigível para a consumação que haja sido efetivamente fecundado algum óvulo da mulher (técnicas de inseminação, incluindo a microinjeção) nem que o embrião ou embriões tenham atingido a implantação no endométrio nem, por conseguinte, que tenha haja sido logrado o início da gestação nem que nasça como consequência disso uma criança. Por outro lado, não deveria acolher as gravidezes derivadas de uma fecundação natural depois de uma hiperestimulação do ovário provocada mas não consentida, pois ainda que esta seja parte do procedimento de técnicas de reprodução assistida, não é em si mesma apta para a reprodução, cumprindo este papel o bem jurídico protegido proposto (art. 16.1). Não creio que seja punível como tentativa, dada sua regulamentação atual (art. 16.1), como tampouco quando é tentada numa criança que não chegou à puberdade o sendo uma mulher adulta que apresente a impossibilidade fisiológica de levar adiante uma gestação (p. ex., por falta de útero), uma vez praticada a técnica de reprodução assistida correspondente. Salvo nestes casos, é indiferente que a mulher seja fértil ou não para a consumação do delito, e são admissíveis casos de tentativa.

Qualquer um pode ser sujeito ativo, ainda que pelas características da ação será necessária a participação de um profissional capacitado. Não o sendo, pode incorrer em delito de intrusão (“intrusismo”) – se não é profissional – ou em uma infração administrativa – se não está autorizado pela autoridade correspondente.¹⁵⁰ Sujeito passivo o é a mulher púbere, fértil ou infértil.

No que se refere à realização “sem seu consentimento”,¹⁵¹ é uma expressão problemática, pois entendida em sentido estrito normalmente

150. O art. 20.2.A a da Lei 35/1988 estabelece como sanção grave: “O descumprimento dos requisitos regulamentares de funcionamento dos Centros de Saúde e das Equipes Biomédicas”. V., a esse respeito, o Decreto Real 413/1996, de 1.º de março, pelo qual se estabelecem os requisitos técnicos e funcionais necessários para a autorização e homologação dos centros e serviços e sanitários relacionados com as técnicas de reprodução humana assistida.

151. O art. 6.1 da Lei 35/1988 estabelece os requisitos do consentimento: de maneira livre, consciente, expressa e por escrito. Não obstante, nem todos são necessários para excluir o elemento do tipo que estamos analisando: o consentimento no âmbito penal refletirá a autêntica vontade do interessado, sem que por isso tenha de ser expreso (pode ser tácito, mas não presumido), nem por escrito (pode ser verbal). V. a respeito, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 297 e ss.; José Henrique PIERANGELLI, *O consentimento do ofendido* (Na Teoria do Delito), 2.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 219 e ss.

daria lugar a casos coercitivos em geral já abarcados pelo tipo do delito de coações, concurso de leis que deveria ser resolvido em favor do delito que viemos tratando, aplicando o princípio da especialidade. No entanto, as hipóteses conflitivas, questionavelmente acolhidas pelo tipo, seriam aquelas nas que o sujeito ativo se vale de um consentimento viciado por haver mediado um engano relevante mas não essencial (p. ex., em relação à origem genética do sêmem ou do embrião implantado). Quanto à capacidade para consentir, dever-se-á recorrer à capacidade natural de juízo e não à maioridade penal, civil ou para contrair matrimônio (incluída a idade para dispensa), nem a estabelecida na Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida para o acesso às mesmas (dezoito anos, art. 6.1). Dita capacidade natural dever ser estendida em relação à importância da maternidade e suas consequências.

Quanto ao tipo subjetivo, basta o dolo que, mesmo sendo infreqüente, pode ser também eventual.

Bibliografía

Em espanhol:

BAUDOUIN, Jean-L.: "Límites penales de la experimentación en genética", en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, III*, Bilbao, 1995. CUERDA RIEZU, Antonio: "Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988. CUERDA RIEZU, Antonio: "Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988. CUERDA RIEZU, Antonio: "Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, III*, cit. De ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Diagnósticos prenatales y responsabilidad (I) y (II)*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 4 y 5, 1996. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L.: *Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal de 1995*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 5, 1996. ESER, Albin: "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán" (trad. C.M. Romeo Casabona) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985. ESER, Albin: *Amenazas a la vida humana en su comienzo, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991. FARRE TREPAT, Elena: "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990. FLORES MENDOZA, Fátima: *El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 5, 1996. GONZALEZ GONZALEZ, Marisé: *Las lesiones fetales*, en *Cuadernos Jurídicos*, n. 10, 1993. LACADENA, Juan R.: *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Un comentario genético*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 5, 1996. LÜTTGER, Hans: "La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan", en *Medicina y Derecho Penal*, Madrid, 1984. MANTOVANI, Ferrando: *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados y sistemas de control y técnicas de tutela*, en "Revista de Derecho y Genoma Humano", n. 1, 1994. MARTINEZ, Stella Maris: *Manipulación genética y Derecho Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994. MONTANO, Pedro J.: *La responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías de la procreación*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1991. PERIS RIERA, Jaime M.: *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995. PERIS RIERA, Jaime M.: "Conductas de manipulación genética que se estiman merecedoras de represión penal", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, III*, cit. ROMEO CASABONA, Carlos María: "Límites penales de la manipulación genética", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, III*, cit. ROMEO CASABONA, Carlos María: "Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas", Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, Cortes Generales, Madrid, 1995. VALLE MUÑIZ, José M./GONZALEZ GONZALEZ, Marisé: "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Poder Judicial*, n. 26, 1992.

Em outros idiomas:

Association International de Droit Penal: "Droit penal et techniques biomédicales modernes", *Revue de droit penal et de Criminologie*, 1988. APRON, Alexander M.C.: *Tort Liability in Genetic Counseling*, en "Columbia Law

Review", vol. 79, 1979. DEUTSCH, Erwin/KÜLLNICH, Reiner/POPPE, Hartmut, Gene "Technology in Medical Diagnostics and Criminal Procedure and Liability for Malpractice in Germany", en *Medicine and Law*, vol. 9, n. 2, 1990. DeWitt ROGERS, Thomas: "Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing", en *South Carolina Law Review*, vol. 33, 1982. GEILEN, Gerd: "Zum Strafschutz na der Anfangsgrenze des Lebens", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991. GÜNTHER, Hans/KELLER, Rolf: *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik-Strafrechtliche Schranken?*, J.C.D. Mohr, Tübingen, 1991. HOERSTER, N.: "Das angebliche Menschenrecht des Embryos auf Leben", en *Juristische Rundschau*, 2, 1995. JONAS, Hans, *Le principe de responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Les éditions du Cerf, Paris, 1993. JUNG, V. H.: "Biomedizin und Strafrecht", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, vol. 100, 1988. KELLER, Rolf: *Beginn und Stufungen des strafrechtlichen Lebensschutzes*, en "Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik-Strafrechtliche Schranken?". J.C.B. Mohr, Tübingen, 1987. LAHTI, Raimo: "Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 59, 1988. LÜTTGER, Hans: "Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen", en *Vorträge und Abhandlungen*, Berlin, 1986. MANTOVANI, Ferrando: "Manipolazione genetica", en *Digesto*, vol. VII. UTET, Torino, 1993. SCHREIBER, Hans-L.: "Der Schutz des Lebens durch das Recht na seinem Beginn und an seinem Ende", en *Medizinrecht-Psycopathologie-Rechtsmedizin* (eds. H. Schütz, H.J. Kaatsch, H. Thomsen), Springer Verlag, Berlin, 1991. SILVA FRANCO, Alberto: "Genética Humana e Direito", en *Bioética*, vol. 4, n. 1, 1996. TEPPERWIEN, I.: *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen, 1973.

ANEXO

REFERÊNCIAS SOBRE LEIS, INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E DECLARAÇÕES SOBRE GENÉTICA

I. Legislação

República Federal Alemã

Lei de 13 de dezembro de 1990, sobre proteção de embriões.

Argentina

Lei n. 23.511, de 1 de junho de 1987, sobre o Banco Nacional de Dados Genéticos.

Áustria

Lei Federal de 12 de junho de 1994, que regulamenta as atividades com organismos modificados por técnicas genéticas, a liberação e colocação em circulação de organismos modificados geneticamente por meio de técnicas genéticas e da aplicação da análise genética e a terapia gênica no ser humano e modifica a lei de Responsabilidade por Produtos.

Brasil

Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1.º do art. 255 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio

ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

Canadá

Código Penal. Parte XV. Procedimento Especial e Competências. Análises Forenses do ADN.

República Popular da China

Lei de 27 de outubro de 1994, sobre assistência materno-infantil.

Espanha

Lei n. 35/1988, de 22 de novembro, sobre técnicas de reprodução assistida.

Real Decreto n. 412/1996, de 1 de março que estabelece os protocolos obrigatórios de estudo das adoções e usuários relacionados com as técnicas de reprodução humana assistida e regula a criação e organização do Registro Nacional de Doadores de Gametas e Preembriões com fins de reprodução humana.

Real Decreto n. 413/1996, de 1 de março que estabelece os requisitos técnicos e funcionais precisos para a autorização e homologação dos centros e serviços sanitários relacionados com as técnicas de reprodução humana assistida.

Lei n. 42/1988, de 28 de dezembro, de doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos ou órgãos.

Lei n. 15/1994, de 3 de junho, que estabelece o regime jurídico da utilização confinada, liberação voluntária e comercialização de organismos modificados geneticamente, a fim de prevenir os riscos para a saúde humana e para o meio ambiente.

Lei n. 31/1995, de 8 de novembro, de prevenção de riscos laborais.

Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Estados Unidos da América

Lei de 4 de janeiro de 1995, de modificação do título 35 do Código dos Estados Unidos relativo às patentes sobre processos biotecnológicos.

França

Lei n. 94-653 de 29 de julho de 1994, relativa ao respeito do corpo humano.

Lei n. 94-654 de 29 de julho de 1994, relativa à doação e utilização de elementos e produtos do corpo humano e à assistência médica na reprodução e no diagnóstico prenatal.

Lei n. 94-548 de 1 de julho de 1994, relativa ao tratamento de doações nominais com o fim de experimentação sob o domínio da saúde e modificando a lei n. 78-17 de janeiro de 1978 relativa a informática, a bases de dados e a liberdade.

Holanda

Lei n. 596, de 8 de novembro de 1993, de complemento do Código de Processo Penal, com disposições relativas à análise do DNA nas causas penais.

Decreto n. 522, de 4 de julho de 1994, que compreende regras mais precisas sobre o exercício dos artigos 151a, 195a, 195b e 195d do Código de Processo Penal (Decreto relativo à investigação do DNA).

Índia

Lei de 20 de setembro de 1994, sobre técnicas de diagnóstico prenatal (regulação e prevenção de sua utilização abusiva).

Ordem de 11 de maio de 1994, do Estado de Rajasthan, sobre técnicas de diagnóstico prenatal (regulação e prevenção de sua utilização abusiva).

Noruega

Lei n. 56, de 5 de agosto de 1994, de aplicação da biotecnologia na medicina.

Reino Unido

Lei de 1 de novembro de 1990, de fertilização humana e embriologia de 1990.

Lei de 1994, de Procedimento Penal e Ordem Pública, que modifica a Lei de 1984, sobre provas policias e penais.

Circular do Ministério do Interior 16/95, de 31 de março de 1995, sobre o banco nacional de dados de ADN.

Suécia

Lei n. 114, de 14 de março de 1991, sobre a utilização de determinadas técnicas genéticas na realização de exames médicos gerais.

Lei n. 115, de 14 de março de 1991, relativa a medidas sobre a investigação e o tratamento de ovocitos humanos fecundados.

II. Textos jurídicos internacionais

Nações Unidas (ONU)

Convênio de 5 de junho de 1992, sobre Diversidade Biológica.

UNESCO

Projeto de Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 11 de novembro de 1997.

Minuta para uma Declaração sobre os Direitos Humanos das Gerações Futuras.

Conselho da Europa

Convênio sobre a proteção dos direitos humanos e a dignidade do ser humano com respeito às aplicações da biologia e da medicina: Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina, de 04 de abril de 1997.

Recomendação 934 (1982), sobre engenharia genética.

Recomendação R(84) 16, relativa à notificação de trabalhos em que se utilize ácido desoxirribonucléico recombinante.

Recomendação 1046 (1986), relativa à utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais.

Recomendação 1100 (1989), sobre a utilização de embriões e fetos humanos na investigação científica.

Recomendação 90 (13), sobre crivado genético prenatal, diagnóstico genético prenatal e o correspondente conselho genético.

Recomendação R(92) 1, sobre a utilização da análise do ácido desoxirribonucleico (ADN) no sistema da justiça penal.

Recomendação R(92) 3, sobre a análise e crivado genéticos com fins de assistência sanitária.

Recomendação 1213 (1993), relativa ao desenvolvimento da biotecnologia e as consequências para a agricultura.

Recomendação 1240 (1994), relativa à proteção e patenteabilidade e dos produtos de origem humano.

Recomendação n. R(94) 11, sobre o crivado como instrumento de medicina preventiva.

União Européia

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu do Conselho, de 13 de dezembro de 1995, relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas.

Diretiva do Conselho 90/219/CEE, de 23 de abril de 1990, relativa à utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente.

Diretiva da Comissão 94/51/CE, de 7 de novembro de 1994, pela qual se adapta o progresso técnico a Diretiva 90/219/CEE do Conselho relativa à utilização confinada de microorganismos modificados geneticamente.

Diretiva do Conselho 90/220/CEE, de 23 de abril de 1990, sobre a liberação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente.

Diretiva da Comissão 94/15/CE, de 15 de abril de 1994, pela qual se adapta ao progresso técnico pela primeira vez a Diretiva 90/220/CEE do Conselho sobre a liberação intencional no meio ambiente de organismos modificados geneticamente.

Diretiva do Conselho 90/679/CEE, de 26 de novembro de 1990, sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos relacionados com a exposição a agentes biológicos durante o trabalho.

Diretiva do Conselho 93/88/CEE, de 12 de outubro de 1993, pela qual se modifica a Diretiva 90/679 sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos relacionados com a exposição a agentes biológicos durante o trabalho.

Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989, doc. A 2-327/88, sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética.

Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989, doc. A 2-372/88, sobre a fecundação artificial "in vivo" e "in vitro".

III. Comitês Nacionais de Ética

Dinamarca. Conselho Danés de Ética

Informe, de 1993, sobre a lei do Ministério do trabalho de proibição do uso de provas genéticas nas pensões e nos seguros.

Recomendações, de 1993, sobre crivado genético.

Recomendações, de 1994, sobre a patenteabilidade dos genes humanos.

França. Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde

Ditame, de 15 de dezembro de 1989, sobre a difusão das técnicas de identificação mediante a análise do ADN.

Ditame, de 2 de dezembro de 1991, sobre a não comercialização do genoma humano.

Ditame, de 30 de outubro de 1995, sobre genética e medicina: a predição à prevenção.

Itália

Ditame, de 15 de fevereiro de 1991, sobre a terapia gênica.

Ditame, de 18 de julho de 1992, sobre o diagnóstico prenatal.

Ditame, de 19 de novembro de 1993, sobre a patenteabilidade dos organismos vivos.

Ditame, de 18 de março de 1994, sobre o Projeto Genoma Humano.

Portugal. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

Ditame, de 6 de abril de 1994, sobre a proteção jurídica das invenções biotecnológicas.

Ditame, de 4 de outubro de 1995, sobre a experimentação no embrião.

Reino Unido. Nuffield Council on Bioethics

Ditame, de 15 de dezembro de 1993, sobre as implicações éticas do crivado genético.

IV. Declarações e outros documentos

Associação Internacional de Direito Penal. Resoluções do Colóquio Direito penal e técnicas biomédicas modernas.

Encontro Norte-Sul organizado pela UNESCO. Declaração de Caxambú sobre o genoma humano.

Associação Médica Mundial. Declaração sobre o projeto de Genoma Humano.

Reunião internacional sobre o Direito ante o projeto Genoma Humano. Declaração de Bilbao.

Declarações de Valência sobre o Projeto Genoma Humano.

Grupo de Trabalho sobre informação genética e seguros. Maryland, EUA. Informe sobre informação genética e seguros de saúde.

Declaração dos povos indígenas do hemisfério oeste sobre o projeto de diversidade do Genoma humano.

Comissão Européia, Grupo de Assessores sobre Ética da Biotecnologia. Ditame sobre as implicações éticas da terapia genética.

Conselho Internacional de Uniões Científicas. Declaração, sobre a patenteabilidade dos genes humanos.

Centro de Bioética da Universidade Católica Sacro Cuore, Roma. Documento de 1996, contra a experimentação com embriões humanos.

Organização do Genoma Humano (HUGO). Declaração, de 21 de março de 1996; sobre os princípios de atuação na investigação genética.

Declaração Ibero-Latinoamericana sobre ética e genética. Declaração de Menzanillo de 1996, revisada na Argentina em 1998.