

CAPÍTULO V

A PRESERVAÇÃO DA VIDA EM FACE DA BIOTECNOLOGIA: INSERÇÃO DE NOVAS ANTINOMIAS NO DIREITO PENAL

*Maria Auxiliadora Minahim**

1. O século vinte e um veio encontrar o Direito penal no centro de discussões que envolvem propostas divergentes, as quais propugnam desde a sua abolição até o desenvolvimento de um modelo funcionalizado e expandido com metas efficientistas. Neste panorama há uma posição tida como conciliadora é representada pela idéia que se satisfaz com um processo de reajuste deste ramo do direito para a realizar a tutela dos novos valores desvelados por ameaças sinalizadas pelo acelerado desenvolvimento científico. A prestação dessa tutela, embora signifique uma ampliação não desejada por alguns autores¹, pode ser legitimada em razão da potencial lesivo das ações e da qualidade dos bens e interesses que se desejam preservar. Tais bens jurídicos se caracterizam, portanto por sua atualidade, são referidos como sendo, a inalterabilidade e intangibilidade do patrimônio genético da humanidade, a identidade e irrepetibilidade característica de todo ser humano, a dupla dotação genética e a sobrevivência da espécie humana².

As ponderações sobre a expansão do direito penal para atuar como instrumento competente na prevenção dos mega-riscos, “próprios de uma sociedade de alta tecnologia, complexa e volátil”, como refere Regis Prado³, se bem que pertinentes, encontram, na outra ponta, uma demanda coletiva e continuada por mais segurança. Muitos dizem que esta demanda por proteção resulta da autopropulsão do medo que é utilizado como capital político que permite intervenções espetaculares. Não haveria, assim qualquer conteúdo próprio do direito penal a ser trabalhado, mas uma série de ações a serem desenvolvidas pelo poder público. A virtude está no meio.

* Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutora pela UFRJ e pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professora da graduação e da pós-graduação da UFBA, Coordenadora da Especialização em Ciências Criminais da UFBA, Presidente da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP).

1. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lè Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita. Passim.
2. Enumeração feita por ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao Direito*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 315.
3. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.7.

Tais riscos são originados por ações humanas – a grande parte constituindo atividades lícitas – que logram burlar pautas reguladoras para serem realizadas sem as cautelas consideradas devidas pelo poder público. Haveria nelas, desta forma, um risco, conhecido ou não que, por sua proporções, se deseja evitar e que não pode ser suficientemente prevenido com os recursos próprios de outros ramos do direito. Para realizar esta prevenção, convoca-se o direito penal. Isto significa, muitas vezes, intervenção jurídica antecipada, visando a impedir que ações distantes, de atores às vezes anônimos, como diz Figueiredo Dias⁴, atinjam vítimas também incertas, produzindo resultados de difícil determinação.

Algumas das novas figuras penais são criadas, com o objetivo de evitar, tão só a mera criação de um perigo, cuja existência está mais intimamente associada a valores que se receia verem atingidos com as novas práticas do que propriamente à criação de um estado de perigo. Exemplo significativo, é a incriminação da maternidade de substituição que ocorre em alguns países. Outros tipos buscam impedir uma ameaça que, por sua dimensão qualitativa, demanda a intervenção do direito penal. Pode-se questionar, por exemplo, a legitimidade de incriminação de ações que têm o objetivo de gerar embriões para servirem como material biológico disponível?

Para cumprir adequadamente esta função de prevenção de riscos na contemporaneidade, o direito penal necessita de certa plasticidade para que possa se adequar às novas formas de criminalidade e aos novos sujeitos do crime, nem sempre determinados, como ocorria tradicionalmente. Assim, recorre-se com frequência aos tipos de perigo abstrato – cuja existência não constitui nenhuma novidade no ordenamento jurídico – já que são por demais conhecidos os crimes contra a saúde pública, a incolumidade pública, o consumo⁵.

Neste contexto, situa-se a disciplina da biotecnologia, surgida com o desenvolvimento e transposição para o campo da análise genética de avançadas técnicas moleculares e a das novas técnicas de reprodução assistida cuja disciplina enfrenta outros problemas além daqueles ligados às funções e fins do direito penal.

No que tange à nova genética, a proibição é deliberadamente antecipada porque não é possível arcar com os ônus da produção efetiva, material de lesão que pode resultar de certas ações por sua dimensão e ofensividade. Deve-se esperar, v. g., o surgimento do clone para apurar-se, *ex post*, se tal ação atingiu ou não o valor que se deseja preservar quanto à singularidade da pessoa humana?

-
4. DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 44.
 5. Vide, a propósito dos crimes de perigo abstrato, GRECO, Luis. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo:RT, n. 49. pp 89-147.

O que não se pode ignorar, quando se fala em plasticidade no processo de criminalização de condutas, é:

- 1º) o papel central que a pessoa humana, delinqüente ou vítima, em suas diversas dimensões, devem ocupar, no discurso jurídico penal;
- 2º) o respeito ao princípio da subsidiariedade do direito penal;
- 3º) o necessário suporte axiológico do bem jurídico, para que se possa limitar o arbítrio do legislador, evitando a construção de supostos bens jurídicos, que acabam por legitimar a expansão do direito penal.

A tutela da vida contra as ameaças que estão implícitas nestes procedimentos, em razão de seu ineditismo, encontra um grau expressivo de dificuldades, por diversos motivos, dos quais se destacam, de logo, dois:

- 1º) A rápida superação de estágios do conhecimento dificulta a precisão de certos conceitos, como vida, morte, pessoa. O uso de células-tronco, por exemplo, retiradas de jovens embriões – mórulas – considerado como a técnica de ponta em biotecnologia tende a ser superado pelo emprego de OEC (células gliais olfativas) no tratamento da esclerose múltipla. Estas células são extraídas do bulbo olfativo de fetos abortados no quarto ou quinto mês de gravidez, cultivadas em laboratório e, posteriormente, injetas em pacientes (mas de um milhão por vez).⁶ Tudo indica, por exemplo que, se os chineses forem exitosos em suas práticas com as OEC, é possível que, em breve, fetos de 5 meses não sejam considerados ainda como integrantes da espécie humana, para que sua destruição possa ser justificada com argumentos formalmente coesos.

Não há que estarrecer, portanto se afirmamos que, em pleno terceiro milênio, o conceito de morte é, um conceito inacabado. Estar vivo precisa, muitas vezes de ponderadas decisões judiciais a este respeito.

- 2º) Nas sociedades contemporâneas o direito busca refletir as diferentes expectativas sociais e valores dos múltiplos segmentos que integram o corpo social. Ou melhor, a complexidade da vida nas sociedades plurais e a ruptura do monolitismo ideológico das sociedades tradicionais obrigam a uma visão também plural dos valores que se deseja preservar, abandonando-se assim a possibilidade de fundamentar a disciplina jurídica em valores inabaláveis, supostos absolutos, como pareciam ser os da sociedade tradicional.

6. Dois médicos daquele país, Xiu Bo e Huang Hongyun divulgaram o êxito e, também as limitações, dos trabalhos com tais células para o tratamento de esclerose múltipla. Não se sabe, porém por quanto tempo os resultados do transplante se mantêm, admitindo, os mesmos médicos a possibilidade de recorrência da enfermidade.

Pode-se continuar a considerar como intervenção médica não arbitrária aquela obriga a testemunha de Jeová a receber transfusões quando há experiências que atestam por uma melhor evolução do quadro na medida em que se respeita este desejo? Ou a que force um Rãs-Tafari a amputar uma parte do corpo quando, para eles, este é motivo que impede a ressurreição?⁷ Para alguns cientistas, destruir jovens embriões significa, apenas, usar um aglomerado de células, componentes disponíveis para salvar pessoas vitimadas por enfermidades degenerativas.

O respeito às diferenças, cada vez mais postulado por minorias que se afirma, só pode ser alcançado com o respeito às crenças e valores que os distingue e identifica, na medida, porém em que podem ser toleradas e absorvidas pelo grupo social. Isto implica, todavia em maiores dificuldades da norma para expressar um comando ou proibição com validade *erga omnes*. Se a norma pretende contemplar a pluralidade em sua estrutura, a fluidez e imprecisão que a acompanharão, podem atritar com o princípio da legalidade e seus corolários, marco definitivo do direito liberal.

Por estas razões, há os que afirmam, ainda, que o direito penal não deve disciplinar as situações trazidas pela biotecnologia, em razão do engessamento que a norma jurídica impõe a situações cuja complexidade demanda uma criteriosa diante de cada caso concreto porque, para ela, ainda não há uma solução pacífica. Com efeito, essa corrente propugna ser suficiente para o controle destes avanços através somente da Bioética, havendo mesmo quem afirme que “para a aparente certeza das normas, melhor é a incerteza que permite alcançar horizontes”⁸. São frequentes as antinomias que podem ser encontradas no ordenamento jurídico.

Essa posição, todavia não pode prosperar. Verifica-se a necessidade da intervenção penal nas situações referidas em face de um motivo relevante: os processos biotecnológicos, além de repercutirem sobre a vida humana, são hábeis para alterar o curso da própria humanidade, enquanto espécie que se reproduz. O que se notar é que a própria Bioética tem imposto, ao direito, reflexões sobre os novos fatos e sua disciplina, lhe convocado para novas formas de juridicidade.

2. A intervenção do direito penal, em razão da natureza incomum das situações desveladas, não se faz com a segurança e coerência necessárias. Ao contrário, apresenta inúmeras contradições que se concretizam, sobretudo no tratamento desigual dispensado ao mesmo bem jurídico cujo ataque é proibido em certos

7. Foi por esta razão, que, na década de 1980, Bob Marley morreu vítima de uma infecção simples que se complicou porque o compositor se recusou a proceder a amputação de um dedo do pé em razão de proibições de sua religião. Destruir os jovens embriões é, para muitos cientistas, usar um aglomerado de células, componentes disponíveis.

8. José Eduardo de Siqueira, em recente Mesa Redonda ocorrida no VI Congresso da Sociedade Brasileira de Bioética, “Bioética, Meio Ambiente e Vida Humana”, realizado nos dias 30 a 3 de setembro de 2005, em Foz do Iguaçu. (Os Anais do evento contêm publicação parcial das intervenções).

casos e, em outros, embora a ofensa seja de igual, ou maior valor, é permitida, como se verá.

O direito penal alemão fonte primeira de inspiração de teorias e institutos para o direito penal latino americano, em razão da coesão de suas elaborações dogmáticas – ainda que nem sempre sejam as mais adequadas à experiência histórica destes países – pode ser convocado para ser também o primeiro país a revelar as antinomias a que se refere este trabalho.

Em 1997, foi aprovada no âmbito do Conselho Europeu a chamada Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina que trata sobretudo da proteção e da dignidade do ser humano relativa às aplicações da Biologia e da Medicina. Os Estado membros comprometeram-se a tomar, no seu direito interno as medidas necessárias para dar efetividade às disposições da dita convenção. A Alemanha não subscreveu este documento argüindo que as normas não eram suficientemente específicas por não haverem proibido experiências com embriões. Assim, o direito interno desse país, na Lei sobre a Proteção a Embriões, incrimina a utilização abusiva de embriões humanos, punindo a conduta com pena privativa de liberdade ou multa. A norma proíbe, mais exatamente, a venda ou cessão com fim distinto da procriação ou utilização de embrião humano, produzido extra-corporalmente ou extirpado de mulher antes de sua anidação definitiva no útero.

Em 2002, todavia foi votada naquele país a Lei de Garantia da Proteção ao Embrião no que tange à Importação e Utilização de Células-Tronco Embrionárias e Humanas. Esta lei é redigida com ênfase – aparente – na proibição de importação de células tronco e suas linhagens do exterior. Abre, no entanto, de logo, a grande brecha que parece ser a razão de suas existência: ou seja, afirma que em casos excepcionais, para atender aos objetivos da ciência pura ou da medicina, pode ser concedida a autorização para a importação de células-tronco embrionárias. A proibição da conduta de utilização de embriões na Alemanha é, portanto, limitada a embriões alemães, *i. e.*, gerado por cidadãos alemães. Quanto aos demais, o valor ou interesse protegido neles não existe o que dificulta a identificação do bem jurídico protegido na figura específica da Lei de Embriões. Não se trata, certamente, da idéia de Claus Roxin de admitir como exceção, no direito penal contemporâneo, algumas vezes, a noção de bem jurídico como condição para a punição. O autor, embora inclua o uso de embrião entre as situações excepcionadas (pela impossibilidade de os interesses serem referidos a indivíduos concretos), destaca, sem ressalvas de qualquer natureza, “que sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal”⁹. Não foi o que entenderam os alemães quanto aos embriões excendatários gerados por cidadãos de outros países.

9. CF. GRECO, Luis. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo:RT, n. 49. pp 89-147. p.103.

O direito penal espanhol agasalha, também, contradições muito próprias. Na Espanha, admite-se aborto com fins eugênicos, ou seja, quando se presume que o feto irá nascer com grave defeito físico ou psíquico, desde que realizado até as vinte e duas primeiras semanas, ou seja, com até mais de cinco meses de gestação. O artigo 159 do Código Penal Espanhol, com base nas mesmas idéias, só pune a manipulação de genes humanos quando tal manipulação se voltar para outros fins que não a eliminação ou diminuição de defeito físico.

É o mesmo ordenamento jurídico penal espanhol – que autoriza o aborto para evitar enfermidades e defeito físicos – que pune, no entanto, no artigo 146, o aborto culposo, e mais enfaticamente ainda, no artigo 157 do Código Penal dispõe sobre a punição da conduta do sujeito que causar lesões, de tal natureza, no feto que prejudiquem seu desenvolvimento normal ou nele provoquem grave defeito físico ou psíquico. A forma culposa também é prevista. Trata-se, portanto, de uma proteção ampla ao produto da concepção que prevê como crime não só as lesões sobre o feto, mas também a falta de dever de cuidado da qual possa resultar interrupção da gravidez (aborto culposo). De outro lado, alterar material genético para curar defeitos e destruir o produto da concepção defeituoso, ainda que no quinto mês de gestação, constituem condutas permitidas; proibido é perturbar o desenvolvimento daquele que poderá se transformar em pessoa hígida e saudável.

Só é possível, como se vê conferir alguma harmonia jurídica na interpretação destes dispositivos se se entender que o direito espanhol revela uma postura eugênica, protegendo tão somente aquelas formas de vida humana que atendam aos ideais de melhoramento da espécie.

3. No Brasil, a disciplina infraconstitucional do meio ambiente é realizada, pela Lei 11.105/05 que estabelece normas para uso e descarte de OGMs, dentre outras providências. Trata-se, assim, de texto referencial para análise do tratamento legislativo dispensado pelo direito brasileiro aos novos fatos postos pela Bioética. Abriga por seu turno, diversas antinomias:

A Lei é considerada vanguardista, sobretudo porque permite o uso de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, para fins terapêuticos, prática que se entende possa superar a finitude humana

A questão, que envolve um debate mais amplo, em razão dos aspectos éticos com que guarda pertinência, foi apresentada, como inadiável para o salvamento de vidas que, de outra forma, morreriam. Todo o problema foi reduzido a um binômio: devem ser jogados fora os embriões congelados ou ser utilizados para pesquisas redentoras? No bojo das pressões pela liberação legal do uso de sementes geneticamente modificadas, a resposta positiva à segunda pergunta, resultou no artigo 5º da Lei que permite o uso de jovens embriões para fins terapêuticos. Restringiu-se, todavia tal utilização aos embriões inviáveis e congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data

de sua publicação, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Para punir as práticas realizadas em desacordo com condições por ela estabelecidas, foi criado o tipo contido no artigo 24: utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da Lei no 11.105/05.

Um primeiro aspecto a ser apreciado, diz respeito ao tempo de congelamento – três anos no mínimo – que legitima a intervenção sobre o jovem embrião, despertando dúvidas todavia quanto ao bem jurídico protegido pela norma. Se o que se tutela é a vida, ou a dignidade da vida humana, por que o prazo do congelamento é determinante para configuração do crime? Significaria que após este prazo não há possibilidade de implante com êxito? O prazo estabelecido a partir do relatório Warnock¹⁰ para congelamento foi de cinco anos, aleatoriamente segundo José Roberto Goldim¹¹, porque não se fez estudos sobre a viabilidade por períodos mais longos. O mesmo autor noticia que, nos Estados Unidos, foram utilizados embriões com 7 e 8 anos de congelamento respectivamente sem que tenham sido evidenciados problemas no desenvolvimento das crianças, as quais nasceram saudáveis.

Por que o legislador brasileiro torna mais exíguo este prazo, se tutela, com o tipo do artigo 24, a vida cuja viabilidade seria possível por um período maior? Estaria se criando, na Lei, um conceito normativo de vida? Qual seja, o de que três anos de criopreservação denotariam um “abandono” do jovem embrião de forma que, decorrido este período sem manifestação do desejo de sua implantação, eles seriam, numa perspectiva normativa, inviáveis. O conceito de inviabilidade deve, porém repousar em dados biológicos que apontem no sentido de tratar-se de embrião que não tem condições orgânicas de desenvolver-se em processo gestacional para alcançar outros estádios de formação de si mesmo. O destaque é cabível já que se tem estendido, como na Espanha, a compreensão do significado de inviabilidade para alcançar os embriões que não serão implantados porque não há úteros disponíveis.

O ordenamento jurídico nacional agasalha uma antinomia, no particular, permitindo a destruição de embriões *in vitro* e proibindo o aborto sob a justificativa que aqueles, por não estarem no útero, não integram o tipo de aborto que exige gravidez. Esta posição parece priorizar o local onde se encontra o produto da concepção em prejuízo do produto por si mesmo, permitindo a seguinte reflexão: se se criasse local apto à gestação até período de viabilidade para vida autônoma,

10. O relatório da comissão de pesquisa presidida por Mary Warnock em Londres no ano de 1984. Vide, a propósito do tema: BOURGUET, Vincent. O ser em gestação. São Paulo: Loyola, 2002.

11. GOLDIM, José Roberto. Congelamento de Embriões. Disponível em <http://www.bioetica.ufgfs.br/congela.htm>. Acesso em: 19 de mai 2005.

também não haveria incriminação na eliminação de um feto de 6, 7, 8 ou nove meses? É o conteúdo ou o continente que é objeto de tutela penal?

Marcus Sagra¹², médico psicanalista, no que tange aos jovens embriões fertilizados *in vitro* e àqueles clonados, extrai-lhes qualquer traço de humanidade, por isto refere-se aos primeiros como componentes importantes para a qualidade de vida de outras pessoas e, aos segundos, como “acúmulo de células”.

Ao permitir o uso de células tronco de jovens embriões, Brasil situa-se em posição de vanguarda no cenário mundial, talvez imprópriamente. O uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de clonagem terapêutica, por exemplo, é repudiado pela maioria dos países de forma que nosso país, lugar onde ainda se morre de tuberculose e diarreia, passou a fazer parte de um reduzidíssimo time, integrado, pela Inglaterra, Japão, Finlândia, Espanha, Dinamarca e Austrália (tão somente quanto ao uso de células-tronco e a Inglaterra apenas, admitindo a clonagem). Na verdade, mais de 50 países militam em favor de um acordo internacional que proíba o uso de células embrionárias para clonagem sob a consideração de que este é um ser humano.

O artigo 25 da Lei 11.105/2005 proíbe a prática de engenharia genética ainda que ela seja utilizada para corrigir enfermidades e doenças dos próprios embriões, em razão do bem jurídico tutelado: inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade. No entanto, a mesma Lei autoriza a destruição de jovens embriões para fins terapêuticos em seres humanos já nascidos. Como se pode perceber, caminha-se para o conveniente conceito normativo de que jovens embriões não são, ainda, seres humanos. Com isso se constata também que, um ser tem uma não uma qualidade, é ou não alguma coisa, integra ou não uma determinada categoria em razão da utilidade que dele se quer fazer, e não de suas propriedades; se o embrião que não está no útero, ou que não tem sulco primitivo não é humano, ele pode ser manipulado e destruído à vontade.

A questão dos bebês anencéfalos, que tem sido objeto de inúmeras decisões de primeiro grau, inclusive de liminar concessiva do STF, como se sabe, constitui outra situação que demanda um tratamento jurídico harmônico do direito penal pátrio. A noção de vida e do que significa estar vivo no direito brasileiro, a partir da questão da anencefalia, tornou-se ainda mais complexa. Isto porque se tem repetido, incansavelmente, que estes seres ou não estão vivos ou não são humanos, o que merece novas reflexões.

Apesar de não se tratar de um fenômeno novo, a possibilidade de identificá-lo, antes do nascimento da criança, revelou, assim como ocorre com grande

12. Conferência exposição feita no *I Congresso de Bioética do Mercosul* realizado nos dias 30 a 3 de setembro em Foz do Iguaçu pela Sociedade Brasileira de Bioética (SBB).

parte das questões introduzidas pelo avanço da biotecnologia, a insuficiência das formas tradicionais de abordagem destes fatos. Novos recursos tecnológicos têm possibilitado o diagnóstico precoce de gravidez de fetos anencefálicos, o que tem gerado um contínuo debate sobre a legitimidade de interrupção de gestação de seres com tais características

O argumento, muitas vezes convocadas para validar a idéia, desta feita, diz respeito à incapacidade para viver em plenitude: Fermin Schram, fundado em argumentos bem articulados, diz que “Anencéfalo praticamente não existe, porque esta sua vida não terá nenhuma qualidade que possa gozar, razão pela qual é sensato afirmar que moralmente não tem este direito”¹³.

Nei Moreira¹⁴, a respeito dos anencéfalos, diz que são “seres sem finalidade”, que devem ser considerados natimortos para o aproveitamento de seus órgãos. Por ilação, embriões congelados são produtos que devem ser postos a serviço da sociedade.

Em 1978 foi proclamada, em assembléia da Unesco, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais que, dentre outros direitos, destacou, em favor dos animais, o direito à existência, ao respeito, à cura, à proteção do homem e a não ser submetido a maus-tratos e atos cruéis. Sendo sua morte necessária, deverá ser instantânea, sem dor ou angústia.

Já no que tange aos anencéfalos, a idéia é de que a falta de cérebro para exercício das funções, chamadas superiores, o reduz a uma massa informe e pulsante que pode ser destruído sem os cuidados que proclamados acima. Isto porque é comum que a população leiga não faça a distinção entre encéfalo e cérebro ou que conheça as funções que desempenham no organismo humano, de forma que, quando se anuncia que um feto sofre da falta de um dos dois hemisférios do cérebro, este enunciado é associado a uma massa de tecidos disforme e pulsante.

Numa perspectiva médica, a anencefalia consiste em uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. Como resultado, há um desenvolvimento mínimo do encéfalo, faltando total ou parcialmente, o cérebro – região do encéfalo responsável pelo pensamento, a visão, audição, tato e coordenação de movimentos. A expressão sugere ausência de encéfalo, o que de fato não ocorre, mas sim uma formação inacabada deste. Esta porção de tronco encefálico existente permite que diversas funções que lhe incubem possam ser cumpridas tais como: movimento dos olhos e da boca, transmissão de mensagens sensoriais, (inclusive dor), fome, respiração espontânea,

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

14. MOREIRA, Nei. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 6, 1999.

temperatura corporal, tosse, vômitos e deglutição. A permanência desses reflexos, ou de alguns deles, é que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia, segundo os critérios médico-biológicos vigentes.

O anencéfalo não tem, de fato, condições de estabelecer relações, já que ele é desprovido de capacidade de memória, de percepção, de linguagem e cognição. A questão que se põe é: por isso não é vivo? Começa a ganhar certo espaço a noção de que só há vida (concepção essencialista,) quando o cérebro superior, porção do encéfalo tida como eixo e centro da consciência, funciona normalmente, assegurando o exercício dos aspectos essenciais da natureza humana. A vingar tal estipulação em torno da morte, não só o portador de anencefalia, mas outros seres humanos vivos, estão mortos

O anencéfalo traz à superfície a questão da entificação: estamos ou não diante de um ser? Bastam, para conhecê-lo, as afirmações da ciência que, afinal, não é tão infalível como se supôs e que se supera velozmente? E as demais dimensões humanas? Como lembra Macio Fabri¹⁵, estar vivo e ser considerado pessoa envolve outros padrões que devem ser considerados porque, o ser humano existe além de suas características biológicas. A dúvida sobre sua essência pode então ser suprida desde fora, (*design*) utilizando-se valores, porque, estes sim é que são indispensáveis para completar o processo de conhecimento do ser com o qual nos confrontamos. Retornando a Fabri, o autor afirma que o processo de humanização tende a ser estendido até aos animais¹⁶ de forma que, com a utilização de critérios éticos, se pode, por fim, responder se se deve ou não “humanizar um feto anencefálico ou se cabe antes abandonar tal processo devido aos inúmeros limites de suas condições”.

Se o anencéfalo está morto, cabe por fim afirmar, também estão os pacientes em coma ultrapassado e aqueles em vida vegetativa, porque na mesma situação biológica; que se desliguem os aparelhos ou se harmonize o entendimento jurídico sobre o fenômeno da vida e da morte.

Tema que também merece apreciação, embora ainda não positivado em norma jurídica, é o das mães de substituição. Alguns autores se levantam contra a possibilidade de a criança, gerada com os gametas dos próprios pais, vir a ser gestada em útero de terceira, embora seja considerado um ato de solidariedade o

15. A citação refere-se a voto de Márcio Fabri, em KIPPER Délio, HOSSNE William Saad. Caso Clínico. *Revista de Bioética*, v. 6, n., 1998. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind2v6.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2004

16. A lei 9605/98, por seu turno, incrimina, alternativamente, a conduta de praticar ato de abuso, maus tratos ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados e, no §1º, veda a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

implante, até mesmo de embrião, gerado com gametas alheios se essa implantação é feita por quem tem projeto de maternidade.

Não há, no Brasil, dispositivo expresso sobre a ilicitude da conduta embora, dentre os projetos de Lei que disciplinam a matéria, existam dois¹⁷ com a previsão de crime que tem a seguinte redação: participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta. Pena de detenção de seis meses a dois anos. Também na Alemanha é punida a conduta.

Há autores que entendem que as pessoas não podem, segundo as pautas constitucionais vigentes no Brasil, ser objeto de contrato. Assim, também, Jussara Meirelles¹⁸ para quem todo e qualquer negócio jurídico que verse sobre maternidade por substituição é nulo. Mônica Aguiar¹⁹ afirma que o objetivo da realização desse negócio é a obtenção de uma vida humana, seguida pela cessão dos direitos e deveres da maternidade, que só podem ser afastados por condenação penal.

Na doutrina portuguesa, Albin Eser e Ana Paula Guimarães²⁰ entendem que existe uma degradação para a condição de objeto da criança gerada por uma mãe para ser transferida para outra, enquanto José de Oliveira Ascensão²¹ privilegia os vínculos biológicos, defendendo que a pessoa de quem provêm os gametas com projeto de maternidade é a verdadeira mãe, não obstante o feto não haver se desenvolvido em seu útero.

Os partidários da ilegalidade da gestação em útero de terceiras, chamadas mãe de substituição no direito francês, substitutas em italiano e mais propriamente mãe gestadora ou gestacional em português, argumentam, equivocadamente, que o artigo 5º da Constituição Federal, ao garantir o direito à vida, assegura sua indisponibilidade e, ainda, que o art. 199, §4º – que dispõe, na verdade, sobre remoção de órgãos, tecidos e transfusão de sangue – veda sua comercialização.

De forma mais radical, outros apóiam a criminalização da conduta porque entendem existir uma dupla ofensa no fato de se oferecer o útero para a gestação de uma criança: a primeira à dignidade da mulher que mercadeja o útero e a segunda porque, ainda que se faça uma cessão altruísta, a mulher estaria sendo instrumentalizada como organismo sexual. Há os que tratam de uma terceira ofensa, desta feita ao recém nascido, rebaixado a uma rês comercial.

17. Projeto de Lei 3638 de 2003 , PLC 54 e o Projeto de Lei do Senado 90, em um dos seus substitutos.

18. MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem ou determinação de maternidade*. Curitiba: Gênesis, 1998, p. 83.

19. Estudos e conferências feitas no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia no ano de 2003 na disciplina Bioética.

20. GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.105.

21. Idem, *ibidem*.

Os enganos desses pensamentos são inúmeros; tudo indicando que, mais uma vez, um equívoco quanto ao bem tutelado. Aqui há uma rejeição ao útero – local da gestação – continente e não ao conteúdo que é constituído pelos gametas e embriões gerados com material genético de terceiros. Aceita-se, portanto que estes – embrião e gametas (que são o conteúdo) – sejam objeto de um negócio, mas não aprovam o continente que é o útero de terceiro. Ora, é possível admitir, como faz o novo código civil que se pode gerar, com material genético de outra pessoa, (o que transtorna com mais violência os princípios relativos ao parentesco, à identidade genética) e não admitir a simples gestação em outro ventre? Não seria este mais um passo no sentido da comunhão e da solidariedade de uns com outros, assim como tem sido com o aleitamento?

Ou será que definitivo, no sentido de se admitir a conduta, é o fato de que ela tem um suporte ético em sua intencionalidade que consiste no partilhamento das condições que geram a vida? Se a doação de órgãos representa um ato de solidariedade, porque a cessão transitória, com os mesmos objetivos, atenta contra a dignidade da vida?

4. A superação das antinomias que as realizações da ciência têm introduzido no direito penal reivindica um enfrentamento mais corajoso dos temas. Isto significa que não se devem manipular temas, designando, por exemplo, o aborto do anencéfalo como interrupção seletiva da gravidez ou afirmar que anencéfalo não está vivo em franca oposição ao conceito de vida do ordenamento jurídico nacional. Se se entende que uma mãe não tem condições pessoais de gestar um filho, e se se autoriza que tal gestação seja interrompida, deve-se chamar de aborto a tal ato. Da mesma forma, engendrar longos discursos a respeito da existência ou não, nos jovens embriões, de características que podem conferir-lhes a qualidade de humano parece pouco produtivo porque sempre possível manipular discursivamente a questão, se se deseja sua destruição para salvar outra vida. Os mistérios da vida e sua intensa vulnerabilidade merecem, afinal que sua abordagem e tratamento sejam realizados com o respeito que, todos os seres que integram a aventura da existência terrena, merecem.