

O DELITO DE UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE EMBRIÃO HUMANO (ART. 24 DA LBIO) À LUZ DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

THE CRIME OF IRREGULAR USE OF HUMAN EMBRYO (ART. 24 OF LBIO) UNDER THE OFFENSIVENESS PRINCIPLE

Gisele Mendes de Carvalho

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Professora Associada de Direito Penal da UEM. Mestre em Direito pela UEM. Atual Coordenadora da Especialização em Ciências Penais da UEM. Atual Diretora Adjunta do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UEM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0032356414758686>

ORCID: 0000-0002-2307-7217

giselemendesdecarvalho@yahoo.es

Vítor de Souza Ishikawa

Pós-graduando em Ciências Jurídico-penais na UEM. Graduado em Direito pela UEM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7311488423729616>

ORCID: 0000-0002-2952-3900

vitorishikawa123@gmail.com

Resumo: Em homenagem aos 16 anos da publicação da Lei de Biossegurança, este artigo objetiva analisar a adequação ao princípio da ofensividade do conteúdo material do delito previsto no art. 24 da Lei 11.105/2005, que pune a conduta de utilizar embrião humano em desacordo com o art. 5º da Lei. Parte-se de uma análise ontoaxiológica a fim de se questionar se os embriões pré-implantatórios dispõem de dignidade suficiente a justificar a proteção de sua vida e de sua integridade física enquanto bens jurídico-penais. Conclui-se pela rejeição da proteção penal do embrião pré-implantatório por si mesmo e compreende-se que a criminalização da mera não observância aos critérios legais quanto ao uso embriões humanos pré-implantatórios não protege qualquer bem jurídico-penal, verificando-se violação ao princípio da ofensividade.

Palavras-chave: Embrião humano pré-implantatório - Lei de Biossegurança - Bem jurídico-penal.

Abstract: In honor of the 16th anniversary of the Biosafety Law, this article analyzes the adequacy to the offensiveness principle of the material content of the crime stipulated in the art. 24 of Law 11.105/2005, which punishes the conduct of using a human embryo in disagreement with art. 5th of the Law. In order to question if preimplantation human embryos have sufficient dignity to justify criminal protection of their life and their physical integrity, a ontoaxiological perspective is adopted. It concludes by rejecting criminal protection to preimplantation human embryo by itself and states that the criminalization of the mere non-observance of the legal criteria regarding the use of preimplantation human embryo does not protect any legal good and, therefore, violates the offensiveness principle.

Keywords: Preimplantation human embryo - Biosafety Law - Legal good.

A publicação da Lei 11.105/2005 completou 16 anos em março deste ano – denominada como “Lei de Biossegurança”, seus dispositivos trouxeram nova roupagem jurídica ao tratamento legal dos organismos geneticamente modificados (OGM), regulamentou técnicas de engenharia genética humana e autorizou o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

O art. 5º da Lei passou a permitir a obtenção de células-tronco de embriões excedentes ou inviáveis de técnicas de fertilização *in vitro* e seu uso para fins de pesquisa e terapia, observando-

se três requisitos: (i) que sejam embriões inviáveis; ou (ii) que, congelados antes da data da publicação da Lei, tenham completado 3 anos de crioconservação; (iii) em qualquer caso, que haja a anuência dos progenitores.

De fato, a alteração promovida pelo art. 5º da Lei provocou intensos debates e teve sua constitucionalidade questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, e julgada integralmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, por 6 votos a 5.

A Lei de Biossegurança introduziu três figuras delitivas relacionadas à engenharia genética humana: para fins deste artigo, interessa-nos o delito previsto em seu art. 24, que criminaliza a conduta de utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º da Lei, com pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Cabe notar que os fenômenos de criminalização de técnicas de engenharia genética integram movimentos de expansão do Direito Penal. Os avanços da biotecnologia, no contexto de uma sociedade pós-industrial caracterizada como "sociedade do risco", conforme a obra de **Ulrich Beck** (2011), possibilitaram a produção de novos resultados lesivos que, como consequência, levou ao reconhecimento de novos bens jurídico-penais e à elaboração de novos tipos penais (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 28).

Produtos diretos de um modelo de "Direito Penal do risco", a estrutura e o conteúdo dos delitos voltados a técnicas de engenharia genética enfrentam prejuízos dogmáticos resultantes das idiosincrasias dessa dinâmica jurídico-penal do risco, com destaque à relativização de princípios penais com função de garantia, como os princípios da intervenção mínima e da ofensividade (PRITTWITZ, 2004, p. 38-40).

É o que se extrai da análise do art. 24 da Lei 11.105/2005. A conduta típica é a de utilizar (usar, servir-se de, tirar proveito de) embrião humano, não observando os requisitos do art. 5º da Lei (PRADO, 2019, p. 370). O tipo penal emprega a técnica de norma penal em branco imprópria e remete o conteúdo da proibição a outra norma, prevista na mesma Lei, verificando-se a atipicidade da conduta que observa estritamente os critérios ali estabelecidos.

A tutela de embriões humanos por meio da intervenção do Direito Penal operou-se como *prima ratio* e, logo, afasta-se da compreensão da atuação do Direito Penal, enquanto meio mais gravoso de atuação e repressão do Estado, como *ultima ratio*, em respeito ao princípio da intervenção mínima.¹ Como expõe Ana **Elisa Bechara** (2007, p. 9-10), o emprego do Direito Penal para alcançar o efetivo controle de novas tecnologias genéticas o converte em "um ramo do Direito hiperatrofiado, intervencionista e, pior, não necessariamente mais operativo".

O princípio da ofensividade, de outro modo, exige que o delito proteja um bem jurídico-penal² determinado, em consonância com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que limita o âmbito de atuação do Direito Penal à sua tutela e, assim, proíbe a criminalização de atitudes internas, meros estados ou condições de existência e meros sentimentos ou moralismos (BATISTA, 2007, p. 92-94). Partindo-se do bem jurídico-penal protegido por certa norma penal, cabe ainda verificar se a conduta típica reveste-se de capacidade mínima de lhe provocar lesão ou perigo de lesão – caso se constate sua incapacidade,

resta afirmar a atipicidade material em respeito ao princípio da ofensividade.

O delito de utilização irregular de embrião humano (art. 24, LBio) tutela como bem jurídico-penal a vida e a integridade física do embrião humano, relacionando-se com o direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).³ À luz do princípio da ofensividade, questiona-se se (i) o embrião humano pré-implantatório dispõe de suficiente dignidade para merecer proteção penal por si mesmo; e (ii) se a previsão típica do art. 24 efetivamente escolta de lesão ou perigo de lesão à vida e à saúde de embriões pré-implantatórios.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal) e pilar axiológico do ordenamento jurídico brasileiro impõe uma concepção personalista, que apreende

a pessoa humana como um fim em si mesma e dotada de dignidade que lhe é intrínseca. Considerando a fecundação como o início da vida humana, é preciso averiguar se a mera existência físico-biológica de um ser humano é suficiente para lhe constituir como portador de dignidade.

Parte-se, logo, de uma concepção de pessoa biográfica, enquanto uma realidade dotada de sentido e amparada em concepções sociais e valorativas. A dignidade provém da circunstância de estar no mundo e com ele interagir, configurando-se pessoa como titular de uma vida que transcende a simples existência biológica. A aplicação deste conceito de pessoa ao embrião humano pré-implantatório resulta de uma análise ontoaxiológica: fundam-se os juízos axiológicos

sobre os contornos do substrato ontológico ou natural, tomados como base.

Ou seja, alterações significativas nas condições físico-biológicas são acompanhadas de uma passagem a um distinto nível axiológico. O marco do início do nascimento, por exemplo, institui uma proteção penal superior: o delito de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125, do Código Penal), que se refere à vida humana dependente (aquela formada a partir da nidação, *i. e.*, do 14º dia de gestação), possui pena de reclusão, de três a dez anos, enquanto o delito de homicídio se refere à vida humana independente (considerada a partir do início do parto), com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 121, *caput*, do Código Penal).⁴

Objeto material do art. 24, da LBio, o embrião humano pré-implantatório consiste em uma vida humana entre a fecundação e a nidação e, por isso, despida de qualidades que superam sua existência físico-biológica. A divisão em três fases do desenvolvimento da vida humana intenta promover esquemas de proteção distintos de acordo com certos referenciais biológicos: eleger-se, logo, a nidação como marco referencial

"A DIGNIDADE PROVÉM
DA CIRCUNSTÂNCIA
DE ESTAR NO MUNDO
E COM ELE INTERAGIR,
CONFIGURANDO-SE
PESSOA COMO TITULAR
DE UMA VIDA QUE
TRANSCENDE A SIMPLES
EXISTÊNCIA BIOLÓGICA."

que separa o embrião pré-implantatário da fase embrionária propriamente dita.

De fato, não há falar sequer em uma existência que disponha de unidade e unicidade, pois, caso se proceda a seu desenvolvimento uterino, o embrião pode se dividir e originar gêmeos univitelinos ou se fundir com outro embrião e se tornar uma “quimera humana”. Não compreendemos, portanto, que o embrião humano pré-implantatário mereça proteção penal, carente de dignidade suficiente para justificar a proteção de sua vida e de sua integridade física como bens jurídico-penais (KAUFMANN, 1987, p. 42).

Não se reconhecendo a tutela penal ao embrião humano pré-implantatário por si, resta concluir pela ilegitimidade do delito de utilização irregular de embrião humano (art. 24, LBio) por se tratar de uma norma penal que não protege qualquer bem jurídico-penal, violando diretamente o princípio da ofensividade.⁵

O delito ora em análise enfrenta, entretanto, outra irregularidade à luz do princípio da ofensividade. Vejam-se duas hipóteses: (i) um pesquisador utiliza um embrião humano pré-implantatário viável e crioconservado desde fevereiro de 2005, com o consentimento dos progenitores; (ii) um pesquisador utiliza um embrião humano pré-implantatário viável e crioconservado desde fevereiro de 2020, com o consentimento dos progenitores. A primeira hipótese trata de uma conduta atípica, enquanto o comportamento do cientista na segunda hipótese se enquadra na previsão típica do art. 24 da LBio.

Ocorre que a mera não observância aos critérios legais do art. 5º, da LBio, não traz nenhuma referência empírica que sustente

a proibição penal da conduta do primeiro exemplo. Resultam de ambas as condutas uma lesão ou perigo de lesão à vida ou à integridade física do embrião pré-implantatário: nas duas hipóteses, o embrião sofrerá as mesmas consequências à sua constituição físico-biológica.⁶ Um mero critério temporal ou de viabilidade não justifica a delimitação entre a zona de licitude e de ilicitude e, em consequência, a aplicação de sanção penal. É de se observar, inclusive, que a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina autoriza o descarte de embriões crioconservados há mais de 5 anos, a depender da vontade dos pacientes, seja para pesquisas com células-tronco ou não.

Constata-se a ausência de qualquer lesividade, salienta-se que o delito do art. 24 da LBio acaba por delimitar seu conteúdo material circunscrito a “puros critérios de oportunidade”, como **Silva Sánchez** (2013, p. 151) caracteriza o Direito Administrativo Sancionador, fruto do fenômeno da administrativização do Direito Penal.

Em síntese, o embrião humano pré-implantatário se constitui de ente carente de dignidade a legitimar sua proteção penal por si, pois (i) sua existência não dispõe de transcendência e se limita ao mero existir físico-biológico e (ii) não se trata de uma vida humana que possua unidade e unicidade. Conclui-se, portanto, pela ilegitimidade do delito de utilização irregular de embrião humano por se tratar de um delito sem bem jurídico-penal, violação direta do princípio da ofensividade. Ante ainda à ofensa ao princípio da intervenção mínima, impõe-se a manutenção da norma tão somente enquanto ilícito administrativo, que dispensa referência direta à lesividade concreta.

Notas

- ¹ Trata-se de uma das facetas de um fenômeno de modernização do Direito Penal, conforme destaca Hassemer (1994, p. 63). Parte-se, entretanto, de uma perspectiva próxima à de Luis Gracia Martín (2005), no sentido de i. adotar uma teoria dualista do bem jurídico-penal, sem limitar seu alcance a bens jurídicos que podem ser referidos a interesses individuais; ii. compreender que a modernização do Direito Penal e a identificação de um fenômeno de “Direito Penal de risco” não significam, de plano, violação ou contrariedade aos princípios penais de garantias.
- ² Compreende-se bem jurídico-penal enquanto “ente (dado ou valor social, entidade dotada de um valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explicita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2019, p. 43-44).
- ³ Nucci (2019, p. 66) entende que se protege, junto à vida e à saúde humana, o patrimônio genético. No entanto, a preservação do patrimônio genético humano é protegida pelo art. 25, da mesma Lei, e não pelo delito em análise.

Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Admirável mundo novo? Embriões humanos, terapia genética e Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 177, p. 9-10, ago. 2007.

BECHARA, Ana Elisa. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança*. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, maio 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 36-71, abr./jun. 1994.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54, 1987.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM:

- ⁴ Na linha da teoria genético-desenvolvimentista, Stella Martínez (1998, p. 89) afirma que, “embora ninguém discuta que se trata do mesmo indivíduo, em distintas etapas de seu desenvolvimento, resultando coerente admitir que o fenômeno se configura num desses saltos qualitativos relevantes”. Em sentido contrário, conferir Bechara (2007, p. 110).
- ⁵ Humberto Soares de Souza Santos (2018), vale apontar, compreende que a previsão delitiva sofre de ilegitimidade por seu paternalismo, conforme a teoria do bem jurídico-penal, por interferir na esfera da autonomia da pessoa, haja vista que o legislador impõe um critério cronológico, que impede o livre exercício dos genitores de escolher pela destruição, para pesquisa e terapia, ou pelo descarte dos embriões pré-implantatários.
- ⁶ Em posicionamento divergente, Sporleder de Souza (2004, p. 210) defende que o ordenamento jurídico não contempla suficiente tutela ao embrião humano e propõe a criação de um tipo penal de “embrionocídio”, criminalizando a destruição de embriões humanos pré-implantatários.

Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. v. 6. 300 p. (Monografias / IBCCRIM, 6).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Teoria pessoal do bem jurídico e as “vítimas de amanhã”. In: Boldt, Raphael (org.). *Teoria crítica e direito penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Paulo Vinício Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.