

## GENÉTICA E DIREITO PENAL

Alberto Silva Franco

*Desembargador aposentado*

FRANCO, Alberto Silva. *Genética e direito penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, p. 04-05, ago. 1996.

O II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais incluiu, em seu temário, a questão da Genética e do Direito Penal, convidando para ser expositor da matéria o prof. Carlos Maria Romeo Casabona, da Universidade de Deusto, na Espanha e, sem dúvida, uma das maiores autoridades mundiais no assunto. Além de autor de inúmeros trabalhos nessa área, o prof. Romeo Casabona é titular da novíssima cátedra de Direito e Genoma Humano, a primeira a ser criada nas universidades espanholas e ocupa atualmente a posição de Diretor da "Revista de Direito e Genoma Humano". Tal publicação, iniciada no segundo semestre de 1994, pretende servir de "caixa de ressonância" a toda investigação pluridisciplinar ou a toda reflexão sobre o tema, sem nenhum tipo de preconceito. Como convidada de honra, estará ainda presente na conferência do prof. Romeo Casabona, a prof<sup>a</sup>. Stella Maris Martínez, profa. de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, doutora em Direito pela Universidade de Salamanca e autora da brilhante tese "Manipulación Genética y Derecho Penal". A presença de doutrinadores tão ilustre dará oportunidade à discussão de uma problemática de extrema atualidade e que ainda não foi, no âmbito nacional, objeto de exame mais acurado.

O título dado à intervenção do prof. Romeo Casabona enseja, numa breve síntese, duas considerações básicas. Antes de tudo, a delimitação do conceito de Genética: o que, em verdade, acomoda-se nessa área de significado? Quais os problemas ou distorções pertinentes? Quais os limites e controles reconhecidos? Depois, a questão do Direito Penal, ou seja, a da intervenção ou não desse controle social formal, de devastadoras conseqüências, na proteção de bens jurídicos eventualmente atingidos pela Genética.

A Genética engloba, no momento presente, não apenas as questões referentes à "geração", no significado de atos de procriação, como também, as que se relacionam ao "gênero", no sentido de espécie ou patrimônio. Há, assim, uma explícita distinção, na Genética, entre a atividade ginecológica, referida às técnicas que objetivam à fecundação de um ser humano por meios "não naturais" e a atividade genética, compreendida como experiências que se implementam com o fim de criação de novas formas de vida ou de alteração do patrimônio genético de espécies vivas. Nessa linha de entendimento, Stella Maris Martínez assinala que "a ingeniería genética comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)

("Manipulación Genética y Derecho Penal", p. 32, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994). A simples explicitação dessas finalidades permite que se enumere uma pauta imensa de problemas – e até mesmo de evidentes aberrações – que demandam, com urgência urgentíssima, o necessário equacionamento, não apenas sob o enfoque dos limites que devem ser traçados à pesquisa científica, mas também sob o prisma da normação ética ou jurídica. Como posicionar-se a respeito da doação de gametas; do direito do filho à sua identidade genética; das relações do filho com os pais, legal e genético; da maternidade de substituição; da gravidez tardia; do acesso da mulher virgem ou do par de lésbicas às técnicas de

reprodução assistida; da fecundação "post-mortem", etc.? Como enfocar a questão do diagnóstico pré-natal que permite hoje detectar, de modo prematuro, anomalias cromossômicas e, portanto, verificar a realidade de enfermidades hereditárias de caráter genético? Será, nesse caso, pertinente a interrupção da gravidez em face de graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas? Por outro lado, os mesmos procedimentos técnicos não podem ser empregados para determinar certas propriedades e qualidades não patológicas, dando azo à montagem de um ser sob medida, permitindo o exercício não do direito de ter um filho, mas ao absurdo direito "a um certo filho", terapêutica em embriões, a constituição de embriões sem prévio propósito de implantação, etc. não demandam uma tomada de posição? Além disso, a engenharia genética não está atualmente, em situação de produzir ou usar microorganismos geneticamente modificados (plantas ou animais) em ambientes controlados ou abertos, de manipular células somáticas ou germinativas humanas tanto para finalidades terapêuticas, como para finalidades não terapêuticas? E já não se caminha, experimentalmente, para a criação de seres humanos biologicamente idênticos a outros ou de híbridos, meio homem e meio animal, em suma, humanóides? A clonagem e o hibridismo não estão, por acaso, em vias de concretização, deixando de ser puro exercício de "science fiction" ou mera fantasia "à moda de Huxley"? De outra parte, não se alarga o conhecimento sobre o genoma humano e tal informação genética não cria, em verdade, uma relação tensional entre as ciências biomédicas e o ser humano? Se, de um lado, o desvendamento do mapa genético propiciará à medicina convencional e à própria engenharia genética, a cura de doenças que até hoje acarretam, de forma inexorável, a morte, não permitirá, de outro lado, uma invasão ilimitada da privacidade de cada um? As informações genéticas, postas em mãos de terceiros, não colocarão a mostra as carências e limitações de homens e mulheres, tornando-os pessoas vulneráveis, transparentes, sem segredos?

A Genética mostra-se, assim, em expansiva abrangência, invadindo territórios, até bem pouco tempo atrás, não cogitáveis por parte das ciências biológicas ou médicas. Reclama, por

isso, uma demarcação séria de seus limites a submissão a sistemas formais de controle. Nesse caso, deve o Direito Penal ser convocado para a tutela de bens jurídicos lesionados ou postos em perigo pelas novas técnicas genéticas? Sob esse enfoque, há duas posições bem nítidas.

De um lado, os que defendem a intervenção de um direito penal de caráter preventivo com o fim de salvaguardar os bens fundamentais do indivíduo ou da coletividade (vida, integridade física, liberdade, intimidade, dignidade da pessoa humana, respeito à espécie humana, etc.) afetados pelas atividades genéticas. O mecanismo repressor, centrado numa tipologia de delitos de perigo abstrado – nos quais a prova do nexo causal e da culpabilidade perde a sua relevância – permitiria, ao invés de uma tardia incriminação, prevenir o aparecimento de situações de perigo concreto ou de dano para aqueles bens, servindo de anteparo à difusão do perigo inerente a certas atividades, como, por exemplo, a biotecnologia. Além disso, vedaria "a criação dos produtos de certas técnicas biomédicas (por exemplo, o homem geneticamente selecionado, o homem clonado, o híbrido homem-animal) incriminando antecipadamente os atos idôneos dirigidos a tais resultados ou até mesmo as próprias atividades experimentais, não apenas para evitar o aparecimento de programas científicos nessa matéria, mas também porque, obtido o produto desses programas, não há diferença entre investigação-experimentação e aplicação" (Fernando Mantovani, "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados y técnicas de tutela", in "Revista de Derecho y Genoma Humano", p. 93, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994).

De outro lado, há os que consideram que não basta que se reconheça a dignidade penal dos bens e valores que são objeto da Genética. Há mister ainda que se comprove a necessidade da tutela penal, nessa área, como o derradeiro meio para a preservação da vida comunitária ordenada. Só assim teria legitimidade a intervenção penal com seu poderoso arsenal sancionatório. Maria da Conceição Ferreira da Cunha salienta que "a necessidade ou carência de tutela penal pode decompô-se no princípio da subsidiariedade – não existirem outros meios – jurídicos ou não – capazes de conferir, por si só (ou seja, sem necessidade do

recurso à sanção penal), proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela; no princípio da adequação e eficácia – ser a tutela penal meio adequado, idôneo, eficaz, para a proteção do bem em causas e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios" ("Constituição e Crime", p. 220, Universidade Católica Portuguesa -Porto - 1995). Seria, por isso, pertinente recorrer à intervenção penal sem que se verifique, em concreto, a inércia ou o desinteresse de controles sociais informais (como, por exemplo, as regras deontológicas ou instruções de órgãos de classe) ou a frustração de controles sociais formais (como por exemplo, o Direito Civil ou o Direito Administrativo)? Seria razoável que se acionasse, desde logo, a máquina punitiva sem que antes se observasse o fracasso das regras de controles formais menos gravosos? E, em se tratando de atividades genéticas que se desenvolve numa velocidade espantosa – e não se pode, em verdade, prever a evolução nesse campo tecnológico – a intervenção penal prematura e precipitada seria o meio adequado e eficaz para a tutela dos bens jurídicos em questão? A intromissão penal antecipada não se transformaria numa verdadeira camisa de força da própria atividade científica, produzindo um direito penal indiscriminado, simbólico e até mesmo um tanto terrorista? Será que, na equação Esse instigante rol de questionamentos está inserindo no tema "Genética e Direito Penal" e, por certo, encontrará, na palavra autorizada dos profs. Romeo Casabona e Stella Maris Martínez, respostas adequadas.

**Alberto Silva Franco**

*Desembargador aposentado*

Disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir\\_artigos.php?id=1629](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=1629)>