

Tutela penal do embrião *in vitro* excedentário e patrimônio genético: fundamentos e limites das proibições de uso em pesquisa e de descarte de embriões na Lei de Biossegurança

Criminal protection of the in vitro surplus embryo and genetic heritage: grounds and limits of the prohibitions of use in research and of disposal of embryos in the Biosafety Law

Flávia Siqueira 

Ítalo Marqueti 

Resumo: A presente pesquisa visa a analisar os fundamentos morais e jurídicos que embasam a proteção penal do embrião *in vitro* excedentário para, posteriormente, determinar a legitimidade do crime previsto no art. 24 da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Esse tipo penal remete ao art. 5º do mesmo diploma legal, que define que somente poderá ser utilizado em pesquisa o embrião que seja inviável ou que esteja congelado há pelo menos três anos. Foram analisados e afastados argumentos que postulam que o bem jurídico protegido seria a vida, identificando-se o patrimônio genético, concebido como dado informacional genético humano, como alternativa adequada de bem jurídico. Verificou-se, ainda, que esse bem jurídico individual é de titularidade dos potenciais genitores, que têm interesse imediato em seus dados genéticos. Diante disso, conclui-se que a tutela definida atualmente pela Lei de Biossegurança retira o poder de disposição do titular do bem jurídico sem qualquer razão aparente, o que enseja sua ilegitimidade.

Palavras-chave: biossegurança; embrião; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; teoria do bem jurídico.

Abstract: This research aims to analyze the moral and legal foundations that support the criminal protection of surplus *in vitro* embryos, to subsequently determine the legitimacy of the crime provided for in art. 24 of the Biosafety Law (Law nº 11.105/2005). This penal type refers to art. 5 of the same law, which defines that only an embryo that is unviable or that has been frozen for at least three years can be used in research. Arguments that postulate that

life is the protected legal good were analyzed and discarded, identifying the genetic heritage, conceived as human genetic informational data, as an adequate alternative for a legal good. It was also verified that this individual legal good belongs to the potential parents, who have an immediate interest in their genetic data. Therefore, it is concluded that the “protection” currently defined by the Biosafety Law removes the power of disposition of the holder of the legal asset without any apparent reason, what indicates its illegitimacy.

Keywords: biosafety; embryo; Personal Data Protection Regulation; legal good theory.

Sumário: Introdução; 1 A proteção do embrião *in vitro*, a Medicina e o Direito; 1.1 O embrião *in vitro* e o entendimento do Supremo Tribunal Federal; 1.2 O embrião *in vitro* e o bem jurídico “vida”; 1.2.1 O argumento pró-vida comum; 1.2.2 O argumento da potencialidade; 1.2.3 O argumento do futuro com valor; 1.2.4 O bem jurídico “vida” como elemento estranho ao tratamento previsto no artigo 5º da Lei de Biossegurança; 1.3 O embrião *in vitro* e o bem jurídico *patrimônio genético*; 2 A titularidade do patrimônio genético: a tutela penal do embrião *in vitro* deve atender aos interesses de quem?; 2.1 O patrimônio genético como bem jurídico coletivo; 2.2 O *patrimônio genético humano* como bem jurídico individual; 2.2.1 O próprio embrião *in vitro* como titular de bens jurídicos; 2.2.2 Os imediatamente afetados como titulares do patrimônio genético humano; Conclusão; Referências.

Introdução

O embrião *in vitro* é objeto de manipulação no procedimento de fertilização *in vitro*, o qual se inicia com a fecundação extrauterina, unindo gametas, femininos e masculinos. O embrião gerado nesse processo é inserido no útero da potencial gestante, que dará prosseguimento natural à gravidez. Além desse procedimento, o diagnóstico pré-implantacional utiliza embriões *in vitro* para identificar as características genéticas do embrião e descartar os inviáveis ou indesejáveis, assim como aqueles que, uma vez gestados, viriam a desenvolver doenças graves ou completamente incapacitantes.

Ambos os procedimentos revolucionaram a liberdade reprodutiva e ampliaram o horizonte para o exercício do planejamento familiar. Porém, os embriões sobressalentes são conservados em estado de congelamento em razão da exigência da Lei de Biossegurança, o que é custoso e contribui para a inviabilização da utilização dos procedimentos pelo grande público. Por sua vez, não está clara a existência de proibição penal sobre o descarte dos embriões sobressalentes, pois, por um lado, a Lei de Biossegurança tratou somente da determinação de período de congelamento necessário antes da utilização do embrião *in vitro* em pesquisas, mas, por outro, o Conselho Federal de Medicina definiu, na Resolução nº 2.294/2021, que os embriões devem ser conservados por no mínimo três anos antes do descarte, sem, contudo, apontar fundamentos para a medida.

A condicionante temporal estabelecida para a disposição do embrião *in vitro*, seja por meio do descarte ou da utilização em pesquisas, deve ser justificada pelo consentimento do titular desse objeto, segundo consta na Lei nº 11.105/2005 e na Resolução do CFM. No entanto, deve-se explicitar o que de fato está sendo protegido por essas determinações. Considerando o crime como lesão ou risco de lesão a bem jurídico, faz-se necessário determinar qual bem jurídico abarca o objeto material “embrião *in vitro*”, assim como o titular desse bem, em busca de viabilizar a interpretação e a análise da legitimidade dos delitos que o tutelam. Surge, então, a dúvida central da presente pesquisa: É legítima da tutela penal do embrião *in vitro* excedentário?

Os embriões *in vitro* excedentários são foco de debate doutrinário a nível global e a sua tutela penal está atrelada a discussões relativas à teoria do bem jurídico, ao direito à vida, à dignidade humana, à tutela do patrimônio genético, ao conceito de indivíduo, à personalidade e à titularidade de bens jurídicos. Os debates a respeito do estatuto jurídico do nascituro, compreendido como o ser humano concebido e não nascido, são permeados de atritos e controvérsias, já que é questão polêmica não somente no âmbito jurídico, como também no meio filosófico. Compreender quais condutas são passíveis de proibição pela via penal, bem como quais das atuais proibições são legítimas, é o fim de um trabalho que, antes, deverá definir os bens jurídicos tutelados e seus titulares e as interpretações possíveis das previsões legais existentes. Além disso, é importante definir se as previsões éticas do Conselho Federal da Medicina que regulamentam a utilização dos embriões estão de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

O valor da exploração proposta reside na definição dos limites da esfera penal ao tutelar o objeto material “embrião *in vitro* excedentário”, o que servirá para evitar proibições ilegítimas, paternalistas e contrárias a um direito penal de matriz liberal. Concretamente, deve-se levar em conta que as referidas proibições prejudicam o desenvolvimento de pesquisas com embriões *in vitro*, prática médica que tem por objetivo estudar curas para doenças como leucemia, diabetes, anemia sideroblástica, entre outras. As células-tronco, que podem ser extraídas de embriões, colecionam sucessos empíricos, como correção de esclerose múltipla, doenças autoimunes e acidentes vasculares cerebrais. Esses êxitos podem se estender a outras enfermidades, já que as células totipotentes extraídas desses embriões podem ser transformadas em qualquer tecido, tendo vasta utilidade no tratamento de doenças crônicas¹. Além disso, temos que levar em conta que

1 MINAHIM, *Direito penal da medicina*, p. 296.

a preservação dos embriões em estado de congelamento é muito custosa para os progenitores e para as clínicas, caso em que se torna razoável discutir se o prejuízo patrimonial é justificável.

Assim, o trabalho terá o seguinte roteiro: na primeira parte, será explorado o tratamento dado ao embrião *in vitro* no âmbito da Medicina e do Direito, possibilitando o mapeamento dos argumentos que fundamentam sua tutela, o que será submetido à análise crítica. Esses argumentos serão utilizados para definir o bem jurídico a que se refere o embrião *in vitro*. Em um segundo momento, será discutida a titularidade do objeto embrião *in vitro*, o que permitirá a definição dos limites deontológicos de disposição sobre ele. Após a obtenção dos resultados parciais, o trabalho ocupará-se da análise da (i)legitimidade da tutela penal do embrião *in vitro*, nos termos da Lei de Biossegurança.

1 A proteção do embrião *in vitro*, a Medicina e o Direito

A técnica de fertilização *in vitro* trouxe comodidade e liberdade, permitindo que as mulheres tenham filhos no momento mais oportuno de suas vidas e viabilizando a reprodução mesmo em caso de determinadas infertilidades. Trata-se da coleta dos gametas femininos e masculinos para que a fecundação seja realizada em ambiente extrauterino², em laboratório, antes de ser transferido para o útero da futura mãe.

A possibilidade de manipular o embrião em ambiente extrauterino viabiliza, ainda, a realização do procedimento conhecido como diagnóstico pré-implantacional, que consiste na realização de exames de DNA no embrião para detectar alterações genéticas que possam acarretar doenças³. O objetivo é, na maioria das vezes, a concepção de um filho saudável; porém, o procedimento viabiliza até mesmo a seleção de sexo e de características físicas do embrião gerado. Os questionamentos relativos à moralidade do diagnóstico pré-implantacional são múltiplos, incluindo argumentos no sentido de que a seleção de características dos bebês seria uma nova forma de eugenia⁴, o que fundamentaria a proibição da utilização do diagnóstico pré-implantacional para esses fins. Porém, apesar das controvérsias, esses procedimentos vêm se popularizando na América Latina, de modo que até 2011 haviam sido realizados na região 532 implantes de embrião,

2 STEINBOCK, *The Oxford Handbook of Bioethics*, p. 417.

3 BERMEJO/PALERMO, *Cuestiones actuales del derecho penal médico*, p.146-148.

4 SILVA SÁNCHEZ, *Direito penal da medicina*, p. 310.

ocasionado o parto de 177 bebês saudáveis, frutos de fertilização *in vitro* e diagnóstico pré-implantacional⁵.

Salienta-se, contudo, que o caráter diagnóstico do procedimento é questionável, pois, considerando que o embrião defeituoso é descartado, não há finalidade terapêutica⁶. Outro ônus da utilização de ambas as técnicas é a necessidade de criação de múltiplos embriões, sendo que muitos não vêm a ser implantados, nunca gerando um bebê. No Brasil, não há limitação para o número de embriões a serem criados para fins de realização de fecundação assistida, sendo que os sobressalentes podem ser objeto de pesquisa, o que acarreta, necessariamente, a sua destruição. Essa utilização é regrada pelo art. 5º da Lei de Biossegurança⁷, que determina que esses embriões excedentários devem ser conservados em estado de congelamento e permite a *utilização em pesquisa* daqueles que sejam inviáveis ou congelados há três anos ou mais, antes ou depois da lei⁸, criminalizando a utilização do embrião em desacordo essas determinações⁹. Há, porém, uma proibição do simples *descarte* dos embriões excedentários?

Por mais que não haja lei que disponha sobre o mero descarte dos embriões, a Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina determina que os embriões congelados por três anos poderão ser descartados de acordo com a vontade expressa dos pacientes, que são os possíveis futuros genitores desse embrião, caso implantado. Porém, quando os pais decidem pelo descarte antes desse período, seja em busca de evitar o ônus financeiro decorrente da conservação ou até mesmo para salvaguardar seu patrimônio genético, devem eles se submeterem à Resolução de órgão da classe médica? Possuem os pais, de fato, a titularidade sobre o embrião *in vitro* ou possui essa pessoa em potencial alguma espécie de personalidade e interesses próprios a serem resguardados? Pode uma clínica de inseminação artificial reter e conservar embriões contra a vontade dos potenciais pais? É legítima a proibição do uso dos embriões em pesquisa por meio de uma condicionante temporal? É legítima a limitação da utilização dos embriões para

5 BERMEJO/PALERMO, ob. cit. (nota 3), p. 151-152.

6 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit. (nota 4), p. 310-311.

7 Segundo o art. 5º da referida lei: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”.

8 Vide nota 4.

9 Conforme previsão da Lei nº 11.105, de 2005: “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

pesquisa, mesmo que esse seja o destino desejado pelos potenciais genitores? Pode o CFM impor o ônus de manutenção de criopreservação por três anos antes do descarte dos embriões?

Para responder a essas questões, devemos, antes, definir a abrangência do conceito de “embrião *in vitro*” no contexto da presente pesquisa, pois trata-se de relevante elemento trazido no art. 24 da Lei de Biossegurança. O dispositivo trata do embrião *in vitro* sob o nome de embrião humano, o que restringe nosso objeto material àquele embrião que gerará um indivíduo da espécie *homo sapiens*. Para os fins do presente trabalho, esse conceito abrangerá apenas o embrião excêntrico, isto é, aquele que não será implantado no útero materno, pelo menos a princípio, englobando tanto os embriões inviáveis quanto os viáveis, em qualquer momento do período de congelamento.

Porém, a definição dos contornos do objeto material possui, na verdade, caráter meramente secundário, porquanto a relevância penal de uma conduta é determinada pela afetação de um bem jurídico. Deve-se, então, relacionar o objeto material “embrião *in vitro*” a um bem jurídico que nos permita aferir a legitimidade da proibição penal¹⁰. Isso nos leva a outro questionamento relevante para o debate aqui travado: Qual seria o bem jurídico protegido pela proibição de descarte ou utilização em pesquisa de embriões *in vitro*?

Sob a perspectiva político-criminal, é possível conceituar o bem jurídico como o dado fundamental para realização pessoal dos indivíduos ou para a sub-

10 Para tratar das questões relativas à legitimidade das proibições de utilização dos embriões *in vitro*, deve-se atentar para a função do Direito Penal, que, a nosso ver, é a tutela de bens jurídicos. Essa função decorre do conceito material de crime, sendo ele “toda conduta que gere lesão ou risco de lesão a bens jurídicos”. GRECO, *RBCrim* 32, p. 135 e ss. Contudo, devemos ressaltar que essa premissa, que constitui ponto de partida do presente estudo, está longe de ser pacífica e vem sendo colocada em xeque, sobretudo em seu país de origem. Quando instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade do crime de incesto (§ 173 StGB), o próprio Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 120, 224) negou a relevância da teoria do bem jurídico para a imposição de limites à atuação do legislador. A respeito, cf. GRECO, *RBCrim* 82, p. 165-185. Na doutrina, a teoria político-criminal do bem jurídico recebe diferentes críticas, como a alegada imprecisão dos conceitos que a integram, a falta de respaldo constitucional e democrático, a dúvida sobre o seu verdadeiro potencial crítico, além da sua incapacidade de afastar a legitimidade, por exemplo, da criminalização de autolesões e de meras imoralidades. A respeito das críticas atribuíveis à teoria, cf. BADARÓ, *Harm principle, bem jurídico e teoria da criminalização*, p. 167 e ss.; SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 91 e ss.; PAWLIK, *InDret Penal* 2/2016, p. 1-15. Apesar das fortes objeções, entendemos que essas críticas apontam para a necessidade de aprimorar a teoria, e não de abandoná-la. A nosso ver, uma teoria de bem jurídico liberal e referida ao indivíduo, segundo a qual o respeito à autonomia do indivíduo passa a integrar a própria compreensão dos bens jurídicos individuais, supera muitas dessas críticas e consegue, pelo menos, mitigar o caráter consequencialista da teoria e trazer fundamentos para o afastamento da legitimidade de proibições paternalistas. Nesse sentido, SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 91 e ss.

sistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional¹¹. A discussão sobre o embrião *in vitro* excedentário gira em torno, sobretudo, dos bens jurídicos *vida* e *patrimônio genético*. Essa questão, contudo, é controvertida tanto em âmbito jurídico quanto filosófico, sendo o ponto de partida de nossa exploração o campo das ideias relativas à moral. Resta salientar, porém, que na presente pesquisa estamos preocupados em definir a existência de um *direito* à vida merecedor de tutela, sendo *prima facie* irrelevante a constatação da *existência biológica ou psíquica de vida*. Assim, pautamo-nos por considerações de cunho abstrato em busca de uma fundamentação para esse *direito*, e não por uma mera verificação do pulso do embrião.

Aqueles que afirmam que a *vida* é o bem jurídico tutelado quando tratamos do embrião *in vitro* recorrem a diversos argumentos. Os tópicos seguintes buscam identificar a raiz moral dos argumentos utilizados, por vezes, sem a devida funda-

11 GRECO, *RBCCrIm* 49, p. 116. O conceito de bem jurídico deve ter caráter crítico e pré-legislativo, sendo afastados conceitos dogmáticos que busquem extrair dos tipos existentes os exemplos de bens jurídicos tutelados, o que ocasionaria a reafirmação da legitimidade de todo tipo incriminador que fosse postulado pelo legislador. Nesse sentido, será adotado um conceito político-criminal de bem jurídico. GRECO, *RBCCrIm* 49, p. 92. Como ponto de partida, devemos buscar uma fundamentação que vincule a atividade legislativa. Em uma ordem constitucional, há de se considerar que o legislador está sujeito a um juízo de constitucionalidade, sendo a carta republicana documento que vincula a atividade do Poder Legislativo. ROXIN, *RBCCrIm* 82, 2010, p. 37. Porém, nem todo valor constitucional alcança o patamar de bem jurídico penal, pois, se assim o fosse, de nada serviria um conceito de bem jurídico, bastando afirmar que o direito penal tem por função a proteção de valores constitucionais. A amplitude da Constituição como fundamentação do conceito de bem jurídico encontra limites no princípio da subsidiariedade, que define que devemos recorrer ao direito penal como *ultima ratio*, o que leva à deslegitimação de toda intervenção penal destinada a prevenir afetações de caráter ínfimo, considerando a gravidade das sanções disponíveis. GRECO, *RBCCrIm* 49, p. 100. Exige-se que o bem jurídico seja fundamental para o sujeito, sendo que a não incriminação de atentados contra o bem jurídico viria a inviabilizar a existência ou bem-estar desse alguém. Considerando a pluralidade de ações que podem lesionar bens jurídicos, faz-se necessário que eles sejam abstratos o suficiente para comportar toda uma gama de objetos materiais em seu bojo. Devemos salientar que não se confunde o bem jurídico com o objeto da ação, porquanto o último é mero representante material ou formal do primeiro. Essa questão terá grande relevância nos tópicos seguintes, quando trataremos da relação do bem jurídico com a realidade material. A abstração presente na ideia de bem jurídico permite que sejam abrangidos tanto os bens individuais, que possuem materialização um tanto quanto sobreposta ao objeto da ação, em termos de significação (o bem jurídico “vida humana” representado de forma causal pelo objeto da ação “ser humano”), quanto, também, os coletivos, que podem ser tutelados sem referência à lesão direta ao bem jurídico, porém resguardada estreita relação entre o bem jurídico e o objeto da ação ou a ação em si. Devem ser afastados, porém, falsos bens jurídicos coletivos que podem ser reduzidos a bens jurídicos individuais. Isso se deve à não distributividade, isto é, à indivisibilidade entre diversos sujeitos, não sendo considerado bem jurídico coletivo aqueles que não passam de soma de bens jurídicos individuais. A não distributividade separa os bens jurídicos coletivos legítimos dos pseudocoletivos. Justifica-se a categoria coletiva de bens jurídicos pela necessidade de tutelar aqueles referentes ao Estado (condições estruturais) e a sociedade (criadores de espaço para liberdades individuais e realização pessoal). HEFENDEHL, *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, p. 59. Essa distinção entre bens jurídicos individuais, coletivos e pseudocoletivos é relevante no presente trabalho especificamente no que se refere à análise do *patrimônio genético*, considerado por muitos como bem jurídico coletivo, mas, por nós, como individual.

mentação. Podemos observar o debate doutrinário e jurisprudencial e constatar que estamos diante de diversos anseios e opiniões; porém, falta sustentação para obtermos uma resposta concreta.

Antes de partir para definições abstratas, referentes ao embrião *in vitro* e o bem jurídico “vida” (*infra*, 2.2), analisaremos o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em busca de identificar um fundamento teórico mínimo que possa sanar a questão jurídica e moral relacionada à tutela do embrião *in vitro*, ocasião em que tentaremos identificar qual o entendimento da Corte sobre o bem jurídico tutelado nos casos aqui debatidos (*infra*, 2.1). Por fim, será apresentado resultado parcial contendo a proposta de interpretação mais adequada obtida ao longo da pesquisa (*infra*, 2.3).

1.1 O embrião *in vitro* e o entendimento do Supremo Tribunal Federal

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0¹², o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, especificamente no que se refere à possibilidade de utilização dos embriões excedentários em pesquisas. Nessa ocasião, o STF levantou pontos e expressou entendimentos pouco produtivos, que, porém, devem ser considerados como referencial sobre o quão distantes estamos de um entendimento concreto sobre a matéria. Os pontos levantados na petição inicial da ADI foram: a) “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias¹³. Esses argumentos serão desconstruídos organicamente ao longo da presente pesquisa. Por ora, nos ocuparemos do que foi proferido pelo STF na ADI em questão.

Para combater as alegações da inicial, foram utilizados argumentos referentes à constitucionalidade da utilização do embrião para pesquisa fundada no direito à saúde e na livre expressão da atividade científica, ambos valores constitucionais¹⁴. Porém, não foi utilizado qualquer argumento que permita afirmar a prevalência desses valores sobre o suposto direito à vida desses embriões. Outro

12 STF, ADI 3510/DF.

13 STF, ADI 3510/DF, p. 154.

14 STF, ADI 3510/DF, p. 155.

argumento utilizado aponta que os embriões excedentários detêm potencialidade à vida, mas que isso não garantiria uma tutela penal irrestrita sobre eles¹⁵. O problema, nesse caso, é a falta de construção de um argumento de potencialidade que possibilite verificar se essa característica bastaria ou não para justificar a tutela penal do embrião *in vitro*, ou seja, se existiria uma equivalência entre a vida e a potencialidade de vida.

Tomando a pesquisa de Martins¹⁶ como base, observemos os posicionamentos de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no que tange à proteção do bem jurídico “vida”. Para Peluso, o embrião não possui direito à vida, o que, na verdade, seria resultado de uma *sucessão contínua de mudanças* pautada pelo desenvolvimento ininterrupto de suas características ao longo do tempo. Não haveria vida, portanto, em um ser que *não tem a capacidade de mover-se por si mesmo*, como ocorre com os embriões em criopreservação¹⁷. O argumento não possui premissas bem definidas que permitam justificar a conclusão do afastamento do direito à vida do embrião, uma vez que a sua inamovibilidade não parece ser um elemento potente o suficiente para fundamentar o argumento. Além disso, a sucessão contínua de mudanças como elemento que indica a existência de direito à vida a ser protegido não foi lastreada em um referencial teórico bem estruturado, como animalismo¹⁸ ou continuidade psicológica¹⁹. Porém, Peluso alega que haveria no embrião um “atributo de humanidade”, o que não se amoldaria, imediatamente, a um bem jurídico específico²⁰. Por fim, o Ministro sinalizou que o embrião *in vitro* adequa-se ao patrimônio genético²¹, que é valor constitucionalmente tutelado nos termos do inciso II do art. 225 da Constituição da República²², afirmando a titularidade do próprio embrião sobre esse bem jurídico, ressalvado o direito relativo de definir seu destino, que cabe aos genitores²³.

15 STF, ADI 3510/DF, p. 186-188.

16 MARTINS, *Tutela penal do embrião humano in vitro*, p. 129-132.

17 STF, ADI 3510/DF, p. 500.

18 OLSON, *Australasian Journal of Philosophy* 82, p. 265 e ss.

19 MCINERNEY, *Journal of Philosophy, Inc.* 87, p. 265-266.

20 STF, ADI 3510/DF, p. 487.

21 STF, ADI 3510/DF, p. 488.

22 Versa o dispositivo: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

23 STF, ADI 3510/DF, p. 506-507.

Em seu voto, Eros Grau afirmou que o embrião é portador de *parcela de humanidade*²⁴, qualidade que não parece ter serventia imediata para solucionar o debate proposto, pois é uma afirmação sem embasamento que permita que seja questionada e não parece ser contundente para a atribuição de direito à vida ao embrião *in vitro* ou a qualquer outra entidade. O Ministro afirmou que o embrião *in vitro* não está em processo vital, logo, inexistiria vida humana no objeto analisado²⁵. É importante pontuar que alguns argumentos não invocam a existência de vida humana no embrião *in vitro*, mas indicam a existência de qualidades que permitem que lhes seja atribuído direito à vida. Tais argumentos não exigem a existência de vida atual como requisito para a proteção de uma vida futura ou potencial. Logo, a argumentação de Eros Grau não traz conclusões irrefutáveis e parte de premissas frágeis.

Antunes Rocha, por sua vez, recorreu à *dignidade humana* como propriedade que justificaria a tutela penal do embrião *in vitro*. Essa propriedade estaria ligada ao embrião por ser entidade portadora de material genético humano. No entanto, não foi questionado o fato de o material genético humano estar presente em outros tecidos humanos e se essa propriedade garantiria tutela penal a esses tecidos, já que o tecido humano possuiria dignidade humana por si só²⁶. Parece insuficiente dizer que a detenção de material genético justificaria tutela penal vinculada à dignidade humana. Isso, na verdade, indica que estamos diante de objeto material vinculado ao bem jurídico “patrimônio genético”, como pontuou Peluso. Além disso, é questionável a valoração de um objeto material atrelado somente à ideia de dignidade humana, pois esta consiste em conceito amplo que atende mais ao propósito de indicar um conjunto de bens jurídicos (vida, liberdade, saúde e muitos outros) do que atuar como bem jurídico por si só. Por fim, a Ministra considerou o fim de utilização dos embriões em pesquisa como exceção, configurando situação que não agride a dignidade humana, desde que observados preceitos éticos²⁷. Os apontamentos evidenciam a imprecisão do argumento de Antunes Rocha em razão da utilização de termos e entidades amplas ou *in casu* mal definidas.

Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que o bem jurídico tutelado é a *identidade do ser humano*²⁸. Essa afirmação pode parecer, a princípio, tratar de uma

24 STF, ADI 3510/DF, p. 453 e ss.

25 STF, ADI 3510/DF, p. 456 e ss.

26 STF, ADI 3510/DF, p. 347 e ss.

27 STF, ADI 3510/DF, p. 365 e ss.

28 STF, ADI 3510/DF, p. 618 e ss.

questão evidente e objetiva; porém, no campo da bioética e da matemática o conceito de identidade é estritamente definido, não podendo ser meramente afirmado, mas provado²⁹. Além disso, a identidade com um ser humano poderia ser considerada um bem jurídico em si ou serviria de propriedade que garanta o direito à vida ao embrião *in vitro*? Mendes não tratou sobre esses pontos, não sendo possível extrair de seu voto material para solucionar a controvérsia.

Lewandowski postulou que existiria um direito à vida relacionado ao embrião, porém que sua *titularidade seria coletiva*, em decorrência do interesse da sociedade sobre o destino desse material genético³⁰. Temos uma afirmação que não coaduna com a teoria do bem jurídico, pois, uma vez submetido ao critério da distributividade³¹, não se pode afirmar a supraindividualidade ou coletividade do bem jurídico vida. Mesmo que pudéssemos considerar essa coletividade, não restou provada a existência de vida enquanto bem jurídico a ser tutelado no caso do embrião *in vitro*.

Por fim, para o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito os embriões seriam *vocacionados à vida*, o que fundamentaria a sua tutela³². O Ministro parece indicar a ideia de potencialidade, argumento que será questionado ao longo da pesquisa.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela não atribuição de condição de pessoa humana ao embrião não implantado, pois ele não reuniria os atributos jurídicos e morais que justificariam a tutela jurídica-penal. Porém, a condição de pessoa é necessária para a atribuição de direito à vida? Se não estamos tratando de vida, o que estamos tutelando por meio das proibições penais presentes na Lei de Biossegurança? Os votos dos Ministros indicam as intuições que são reproduzidas no campo doutrinário brasileiro. Em uma tentativa de superar essa insuficiência de ambas as fontes, analisaremos os argumentos que parecem ter mais força nesse debate. Partiremos de referenciais teóricos bem definidos nos campos da Filosofia, Moral, Ética e Direito. Analisaremos proposições e conclusões que serão submetidas a objeções e críticas, e, por fim, faremos a subsunção ao sistema penal brasileiro, atentando para os limites impostos pela teoria do bem jurídico.

29 SILVÉRIO D'AVERSA, *O problema moral do aborto e o argumento do futuro com valor*, p. 28.

30 STF, ADI 3510/DF, p. 403 e ss.

31 Conceito introduzido no tópico 2.2 e fundamentado na obra de HEFENDEHL, ob. cit. (nota 11), p. 59.

32 STF, ADI 3510/DF, p. 274 e ss.

1.2 O embrião *in vitro* e o bem jurídico “vida”

Entre aqueles que, de um lado, defendem que o embrião é, por diferentes razões, titular do direito à vida assim como qualquer ser humano nascido com vida e, por outro, os que acreditam que um direito à proteção jurídica da vida só surge com o nascimento, há diferentes posturas que visam a fundamentar que o direito à vida surge em algum momento entre a concepção e o nascimento. De acordo com a doutrina majoritária no Brasil, concebe-se que o termo inicial da vida penalmente tutelada é a *nidação*, processo que consiste na implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, a fixação no útero, o que corre aproximadamente catorze dias após a concepção³³. Há também quem defina o início da proteção jurídica da vida a partir de outros marcos, como o desenvolvimento do sistema nervoso ou a consciência³⁴. Levando quaisquer dessas concepções às últimas consequências, já de saída se poderia afirmar que o embrião não implantado no útero ainda não possuiria um direito à vida, pois não alcançaria quaisquer desses pressupostos. No entanto, é importante investigar os argumentos utilizados para determinar o marco de proteção da vida já a partir da concepção, o que abrangeria o embrião *in vitro*, objeto do presente estudo.

Importante ressaltar, contudo, que a presente exploração pretende abordar uma concepção jurídica da *vida enquanto bem jurídico*, o que não exige, a princípio, a condição de ser vivo do objeto analisado. A questão sobre se o embrião *in vitro* seria ou não um *ser vivo* em um dos vários conceitos de *vida* não é o ponto mais relevante para o debate jurídico, porquanto a verificação da existência de vida biológica não é argumento suficiente ou determinante para fundamentar um *direito à vida*. De fato, ainda que, segundo determinadas concepções, se chegue à conclusão de que o embrião *in vitro* não é um ser vivo, isso por si só não impede que lhe seja concedido um direito à vida, garantindo a incidência de uma tutela jurídica. Mais do que um atributo natural, o direito à vida é uma atribuição social, que se refere a “certas características que, no momento em que surgem, fazem com que o começo dessa atribuição pareça plausível”³⁵.

A tutela do embrião *in vitro* sob o argumento de que este objeto se adequa ao bem jurídico vida possui raízes jurídicas e morais. Os argumentos mais populares ou aventados pela argumentação dos Ministros no tópico anterior serão

33 MARTINELLI/SCHMITT DE BEM, *Direito penal* PE, p. 291 e ss.; e PRADO, *Tratado de direito penal brasileiro* II, p. 107.

34 A respeito, cf. HILGENDORF, *Introdução ao direito penal da medicina*, p. 119.

35 HILGENDORF, ob. cit. (nota 34), p. 119.

expostos a partir de sua origem, possibilitando a construção de estrutura argumentativa que permita aferição de validade e legitimidade.

1.2.1 O argumento pró-vida comum

Devemos dispensar atenção ao *argumento pró-vida comum* e superar as barreiras argumentativas de forma metódica, evitando deixar lacunas que possibilitem o enraizamento de argumentos que são persuasivos pela fácil apreensão. O argumento mais imediato referente à proteção do embrião surgiu no cerne do debate sobre a *moralidade do aborto*. A ideia é atrelar a todo ser humano o direito à vida e igualar o embrião ao ser humano. Analiticamente, segundo esse argumento, (1) todos os seres humanos têm direito moral à vida; (2) os embriões são seres humanos; (3) logo, os embriões têm direito moral à vida³⁶.

O argumento apresenta algumas inconsistências e imprecisões, sobretudo por não fundamentar a premissa de que os seres humanos possuem direito à vida e por não definir quem ou o que poderia ser considerado, nessa concepção, como um “ser humano”. Isso pode se tornar problemático, por exemplo, quando tentamos definir qual a melhor interpretação a ser adotada, de modo que essa indefinição, por si só, já nos impossibilita de testar a real validade desse argumento. Poder-se-ia optar por uma definição biológica, chegando-se à conclusão de que todo indivíduo da espécie *homo sapiens* tem direito à vida; porém, nada indica que o pertencimento a um segmento de classificação biológica conferiria determinados direitos a um indivíduo. Poder-se-ia recorrer, então, a uma aceção psicológica para definir o que seria “ser humano”, que se confundiria com o conceito psicológico de pessoa, ou seja, aquele ser dotado de razão, consciência³⁷ e *logos*. Nesse cenário, sequer poderíamos considerar correta a segunda premissa, pois os embriões não se enquadrariam no conceito de ser humano. Mas, mais do que isso, ainda que esse conceito fosse precisamente definido, falta aos defensores desse argumento fundamentar o porquê que o ser humano possui um direito moral à vida e por qual razão o embrião poderia ser considerado ser humano, considerando que é esse o cerne da questão. Logo, as premissas são imprecisas e insuficientes para fundamentar o direito à vida dos embriões excedentários.

Superado o argumento mais simples, sigamos para a análise de raciocínios mais complexos e produtivos.

36 O argumento original restringe-se aos fetos. SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 23.

37 MCINERNEY, ob. cit. (nota 19), p. 265-266.

1.2.2 O argumento da potencialidade

Um dos argumentos que indicam a vida como bem jurídico a ser tutelado é o da *potencialidade*, segundo o qual haveria no embrião um latente potencial de vida que, por si só, atribuiria a ele o direito à vida. Porém, pode a potencialidade de vida de fato ser considerada como fundamento para o direito à vida? Adaptado do debate relativo aos fetos em caso de aborto, temos o argumento definido da seguinte forma: (1) toda pessoa potencial inocente possui direito à vida; (2) os embriões são pessoas potenciais e inocentes; (3) portanto, embriões humanos possuem direito moral à vida³⁸.

O argumento supracitado encontra diversas objeções, como a de Sumner³⁹, que busca demonstrar que a extensão da proteção da vida por meio da potencialidade levaria a absurdos, como a tutela de espermatozoides e óvulos. A premissa trazida para o debate é a seguinte: se todas as pessoas potenciais e inocentes têm direito moral à vida, então espermatozoides e óvulos também possuiriam direito moral à vida. Isso acabaria legitimando a proibição de diferentes atos perfeitamente comuns da vida cotidiana, como a masturbação ou as relações sexuais com preservativo. Assim, a premissa deveria ser rejeitada por acarretar um excessivo alargamento da tutela penal, negando-se o direito à vida das pessoas potenciais e inocentes (tanto os embriões quanto os espermatozoides e os óvulos).

No mesmo sentido da tese exposta, Kushe e Singer utilizam a identidade entre gameta e embrião para negar o direito à vida dos embriões⁴⁰, seguindo as seguintes premissas: (1) não é errado destruir gametas; (2) se é errado destruir embriões humanos (pessoas potenciais e inocentes), deve haver alguma diferença entre embriões e gametas para que exista diferenciação entre o *status* moral dessas entidades; (3) a fundamentação para a diferenciação do *status* moral deve ser atual ou potencial; (4) não há diferença atual relevante entre um embrião em seus estágios iniciais e um gameta que fundamente uma diferenciação de *status* moral entre as entidades; (5) não há diferença em potencial entre embriões e gametas; (6) então, não há diferença de *status* moral entre embriões e gametas; (7) logo, não é errado destruir embriões⁴¹.

38 A partícula “inocente” faz-se necessária no argumento original, já que foi constituído com a pretensão de abranger até mesmo ordenamentos jurídicos onde a pena de morte não é proibida. SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 26.

39 SUMNER, Leonard Wayne. *Abortion and moral theory*, p. 104.

40 KUSHE/SCARLETT/SINGER, *Journal of medical ethics* 10, p. 79-81.

41 KUSHE/SCARLETT/SINGER, ob. cit. (nota 40), p. 79.

Observando as premissas e conclusões apresentadas, devem ser feitas algumas considerações. Levando em conta o tratamento que damos aos gametas e a premissa de que eles têm o mesmo *status* moral dos embriões, concluiríamos que a potencialidade não bastaria para fundamentar o direito moral à vida dos embriões. Scarlett aponta, porém, uma inconsistência na premissa 5. Segundo Kushe e Singer, tudo que pode ser apontado como qualidade potencial dos embriões também pode ser verificado nos gametas, que, *uma vez unidos*, também têm o potencial de tornar-se um ser humano. De acordo com Scarlett, contudo, a expressão “uma vez unidos” indica que não se trataria mais de gametas, mas do próprio embrião. Logo, em razão da necessidade de união dos gametas, Kushe e Singer teriam afirmado que tudo que pode ser apontado como qualidade potencial dos embriões também pode ser verificado *nos próprios embriões*, o que é uma constatação completamente inócua e redundante⁴². Em resposta a essa objeção, Kushe e Singer argumentaram que estariam se referindo, na verdade, a características *potenciais*, tendo Scarlett observado apenas semelhanças *atuais*⁴³. Apesar disso, fato é que os autores não lograram êxito em combater o argumento indicado no início do presente tópico, porquanto não esclareceram por qual razão a ausência de tutela sobre gametas estender-se-ia sobre o embrião e não o inverso, caso em que haveria o alargamento da tutela da pessoa potencial inocente até os gametas.

Será, no entanto, que podemos afirmar uma *identidade entre os gametas e o embrião*? Entendemos que não, pois, por mais que o óvulo e o espermatozoide sejam elementos que, juntos, podem gerar uma pessoa, a verdade é que, quando são considerados isoladamente, não produzem, segundo a sua normal evolução, uma pessoa. Isso quer dizer que, para que o óvulo se torne uma pessoa, é necessária a incidência de uma condicionante positiva que pode ou não acontecer, que é a fecundação pelo espermatozoide. Ou seja, do universo de óvulos e espermatozoides existentes, somente aqueles que se unem (isto é, se tornam um embrião) possuem em si a potência para gerar uma pessoa. O embrião, por sua vez, já possui todas as características necessárias para se tornar uma pessoa, já possui em si o que é necessário para se tornar uma pessoa independentemente de uma condição, contanto que o processo normal de desenvolvimento em ambiente adequado não seja interrompido. Assim como a lagarta pode ser considerada uma potencial borboleta, o embrião pode ser considerado uma potencial pessoa;

42 KUSHE/SCARLETT/SINGER, ob. cit. (nota 40), p. 80.

43 KUSHE/SCARLETT/SINGER, ob. cit. (nota 40), p. 80-81.

contudo, a farinha e o açúcar ainda não podem ser considerados potenciais pães, do mesmo modo que o óvulo e o espermatozoide ainda não são potenciais pessoas. Isso nos permite concluir que, apesar de não haver identidade entre os gametas e o embrião, é possível afirmar uma identidade entre o embrião e a pessoa potencial e inocente⁴⁴.

Resta identificar, contudo, se a potencialidade é suficiente para a atribuição de valor na esfera penal, realizando a subsunção da concepção filosófica à estrutura jurídico-dogmática. A princípio, o argumento não encontra resguardo na esfera penal em decorrência da *inexistência de um indivíduo merecedor da tutela de sua realização pessoal e desenvolvimento*. Porém, aqui devemos ter cautela para não interseccionarmos precocemente o debate do bem jurídico com o da titularidade, assunto a ser abordado em outro momento da pesquisa. Busquemos, então, argumento que permita definir se a potencialidade basta, antes de perpetrarmos desnecessária confusão de tópicos.

É possível opor ao argumento da potencialidade uma objeção consequencialista⁴⁵, que busca romper com o teor negativo da destruição do objeto “embrião *in vitro* excedentário” por meio de um princípio conhecido por *simetria moral*, que pode ser compreendido por meio do seguinte experimento mental: consideremos *a* como um processo que naturalmente levaria ao resultado *b*; *c* é

44 Stone nega a identidade entre “pessoa potencial e inocente” e os objetos “óvulo” e “espermatozoide”, uma vez que, para um objeto *x* ser considerado um potencial *y*, deveriam ser cumpridas as seguintes condições, sem incorrer em contradição: (1) *x* tem que ser um elemento da cadeia causal que produzirá *y* e (2) a matéria de *x* irá produzir (ou ajudar a produzir) a matéria de *y*; além disso, (3) *x* produzirá um *y* se *x* desenvolver-se normalmente e o *y* produzido for tal que já foi um *x*. SILVÉRIO D’AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 28. STONE, *Canadian Journal of Philosophy* 17, p. 815-816. A nosso ver, no entanto, essa terceira premissa é falsa quando aplicada a resultados que dependem da combinação entre dois ou mais elementos, como é o caso do resultado “pessoa potencial e inocente”, que depende da combinação dos elementos “óvulo” e “espermatozoide”. Nesse sentido, o fato de que ambos os elementos “óvulo” e “espermatozoide” podem ser considerados *x* do elemento *y* “pessoa potencial e inocente” acaba conduzindo a uma conclusão contraditória, afirmando-se, no final das contas, em uma identidade entre o próprio óvulo e o espermatozoide. Ou seja, com base nessa premissa, se tanto o óvulo quanto o espermatozoide são idênticos à pessoa potencial e inocente, deveria haver uma relação de identidade entre ambos, o que não ocorre, já que um óvulo não é idêntico a um espermatozoide tampouco pertence à cadeia causal de seu desenvolvimento. O mesmo raciocínio vale para a relação do espermatozoide com o óvulo. A premissa, contudo, é válida quando tratamentos de elementos que, *sozinhos*, conduzem ao resultado segundo o seu normal desenvolvimento, que é o caso do embrião. Assim, pode-se afirmar a identidade do objeto “embrião *in vitro*” em relação à “pessoa potencial e inocente”, pois o embrião é elemento da cadeia causal que produz a pessoa, considerando que a matéria embrionária ajuda a produzir a matéria da pessoa e, por último, o embrião produzirá uma pessoa, caso venha a se desenvolver normalmente, de modo que essa pessoa terá sido, em algum momento do seu desenvolvimento, um embrião.

45 O consequencialismo é uma matriz filosófica que define que o valor de uma ação está relacionado ao seu resultado ou potencial resultado, seja ele desejado ou previsto, porém não evitado. BLACKBURN, *Dicionário Oxford de Filosofia*, p. 73.

uma ação que inicia o processo *a* e *d* uma é uma ação que interrompe o processo *a* antes que se atinja o resultado *b*. No cenário descrito, não haveria diferença moral entre a abstenção da realização da ação *c* e a realização da ação *d*, que interrompe o processo *a* antes que o resultado *b* ocorra⁴⁶. Em ambos os casos, há o mesmo resultado. Logo, se não existe coerção legítima para realização de *c* e abster-se da realização de *c* não é moralmente reprovável, praticar a ação *d* também não o é.

Essa conclusão é resultado de uma interpretação do argumento consequencialista de acordo com a simetria moral necessária para resguardar a coerência do sistema moral sob análise. Considerando a desnecessária complexidade do silogismo apresentado, recorre-se à definição terminológica do princípio da simetria moral, que pode ser descrito da seguinte forma: se não é errado deixar de iniciar um processo de desenvolvimento que levará a algum resultado, então não é errado interferir no processo já iniciado antes que o resultado seja alcançado⁴⁷.

No campo concreto, ao submeter o embrião *in vitro* ao princípio da simetria moral, chegamos ao seguinte argumento: se não é errado deixar de criar embriões *in vitro* que poderiam se tornar pessoas potenciais e inocentes, não obtendo resultado algum em questão de desenvolvimento, também não é errado interromper o processo de desenvolvimento antes que ele de fato venha a se tornar um feto, já que, após esse momento, haveria resultado relevante e distinto do obtido com a abstenção de criação de embriões, afastando-se a simetria moral. Ou seja, contanto que o embrião *in vitro* não conduza a qualquer estágio posterior ao embrionário, não haverá qualquer diferença entre nunca criar um embrião e deixar de permitir o desenvolvimento no embrião no ambiente uterino. Nesse sentido, podemos considerar que, por mais que o embrião seja uma pessoa potencial e inocente, a potencialidade desprovida de um resultado relevante de desenvolvimento do embrião é insuficiente para fundamentar o direito à vida do embrião *in vitro*. Resta, ainda, ser avaliado o argumento do futuro com valor⁴⁸.

1.2.3 O argumento do futuro com valor

Donald Marquis desenvolve argumentos referentes à vida do feto e ao aborto; porém, suas contribuições têm grande valor para o debate relativo ao embrião *in vitro*. Ao partir da premissa de que matar um ser humano é *prima facie* errado,

46 TOOLEY, *Philosophy & Public Affairs* 2, p. 58.

47 TOOLEY, ob. cit. (nota 46), p. 61.

48 MARQUIS, *The Oxford Handbook of Bioethics*, p. 399 e ss.

mesmo que admitido em casos em que será considerado lícito tirar a vida de alguém, como na legítima defesa, Marquis aponta que a mesma propriedade que torna errada a conduta de matar um ser humano também pode ser observada em condutas que sejam atentatórias contra o embrião.

Ocorre que o autor não recorre a uma concepção biológica⁴⁹ de vida para fundamentar a existência com valor, pois isso tornaria essencialmente errada a interrupção da vida de um ser humano em estado de coma irreversível, que, em uma perspectiva puramente biológica, deteria um futuro com valor⁵⁰. Para ele, não há boas razões para fundamentar que a mera existência biológica atribui ao indivíduo um futuro com valor. Assim, o conceito adotado engloba atividades, projetos, prazeres futuros a serem desenvolvidos por aquele que teve a vida biológica interrompida. Ser morto implica a perda de tudo que é valorizado atualmente e o que viria a ser usufruído, abarcados os componentes de toda a vida futura⁵¹. Entre essas experiências, teríamos vários elementos valorados positivamente, até mesmo bens jurídicos. Vale ressaltar que a cessação da vida não é a única conduta errada que leva à privação do futuro com valor de um indivíduo, já que, por exemplo, a manutenção em cárcere privado por toda vida ou a execução de pena de prisão perpétua o limitam drasticamente.

A negação de um futuro com valor pode ter efeitos negativos sobre três espécies de sujeitos: aquele que nega o futuro com valor de outrem, aquele que tem seu futuro prejudicado e aqueles relacionados ao sujeito prejudicado e que são afetados indiretamente⁵². O conceito de futuro com valor adotado por Marquis evita a busca por um valor extrínseco de resultado, colocando o sujeito prejudicado que tem o futuro com valor no centro do argumento, pois, de outro modo, esbarraríamos no argumento de que um indivíduo visto negativamente pela sociedade e sem relações sociais positivas seria excluído do grupo que possui um futuro com valor⁵³. Logo, devemos observar os efeitos sobre o indivíduo que é privado de vida futura, não sobre aqueles que eventualmente sofreriam com os ônus da perda desse sujeito, seja pela corrupção gerada pela causação de um mal a outro ser humano ou pelo sofrimento solidário devido à perda que sofreu a real vítima.

49 MARQUIS, *The Journal of Philosophy* 86, p. 189.

50 SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 80.

51 MARQUIS, ob. cit. (nota 49), p. 189-190.

52 MARQUIS, ob. cit. (nota 49), p. 189 e ss.

53 MARQUIS, ob. cit. (nota 49), p. 189-190.

Para colocar sobre o embrião os efeitos da argumentação apresentada, podemos adaptar as premissas e conclusões de Marquis⁵⁴ da seguinte forma: (1) se um indivíduo tem um futuro com valor, então privá-lo desse futuro é *prima facie* errado; (2) os embriões humanos têm futuro com valor; (3) logo, impedir que os embriões humanos tenham um futuro com valor é *prima facie* errado⁵⁵.

Diante das premissas expostas, surge o seguinte questionamento: Qual a real diferença entre o argumento da potencialidade e o argumento do futuro com valor? A resposta reside no fato de que o argumento da potencialidade afirma que é errado destruir um embrião em razão de se tratar de uma pessoa em potencial, já o argumento do futuro com valor aponta que a imoralidade da destruição de um embrião tem o mesmo fundamento que a destruição de qualquer um de nós, pessoas desenvolvidas. Nós não somos pessoas potenciais, nós somos pessoas, em regra, dotadas de futuro com valor, característica presente também nos embriões⁵⁶. *Trata-se de característica atual, não potencial*, porém que faz referência a entidades futuras – o que, por sua vez, não a torna menos atual.

McInerney⁵⁷ faz uma objeção à argumentação de Marquis apontando que haveria a necessidade de uma definição de personalidade una do embrião e da pessoa, a ser formada pelo seu natural desenvolvimento, para que o futuro com valor fosse atribuído ao objeto material “embrião”, e não a uma entidade futura e distinta. Essa continuidade estaria determinada por uma ligação entre estados mentais, memórias, crenças, desejos⁵⁸. Esses elementos seriam aqueles que uniriam o seu eu do presente, passado e futuro, mas, por mais sensíveis que sejam as conjecturas sobre o tempo, nos ateremos à acepção cotidiana, que pode ser expressada, por exemplo, por um relógio.

De acordo com McInerney, o embrião não seria dotado de vida mental, sentimentos e desejos, pois *não conta com um sistema nervoso*⁵⁹. O argumento trazido pode ser descrito nos seguintes termos: (1) se os embriões humanos têm um futuro com valor, então há uma relação de continuidade psicológica (entre memórias, crenças e desejos) entre os embriões e as pessoas às quais darão origem; (2) não há uma relação de continuidade psicológica (entre memórias, cren-

54 MARQUIS, ob. cit. (nota 49), p. 190-192.

55 SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit (nota 29), p. 81.

56 MARQUIS, ob. cit. (nota 48), p. 400.

57 MCINERNEY, ob. cit. (nota 19), p. 164 e ss.

58 MCINERNEY, ob. cit. (nota 19), p. 265-266.

59 MCINERNEY, ob. cit. (nota 19), p. 266.

ças e desejo) entre os embriões e as pessoas às quais darão origem; (3) portanto, os embriões humanos não têm um futuro com valor⁶⁰.

A objeção de McInerney esbarra em uma questão referente à titularidade do bem jurídico, pois aponta a *personalidade*, elemento oculto dentro do termo “pessoa” utilizado em suas premissas, como *fator determinante para a existência ou não de direito à vida*. No entendimento de Warren, para ser considerado pessoa, ou seja, ser dotado de personalidade, o indivíduo deve: (1) ter consciência com a capacidade de sentir dor; (2) ser dotado de razão; (3) desenvolver seus atos de forma automotivada; (4) ter a capacidade de se comunicar de forma razoavelmente sofisticada; e (5) ter estabelecido para si conceitos próprios⁶¹. Logo, estaria correta a observação de McInerney sobre a personalidade do embrião; porém, ao aceitar uma definição de personalidade tão estrita, colocamos em xeque a atribuição de direito à vida aos recém-nascidos, pois eles não atenderiam aos requisitos de Warren, de modo que não seriam dotados de personalidade⁶² e equivaleriam a embriões quando submetidos à análise sob os parâmetros de McInerney. Ambos não seriam titulares de direito à vida.

Ocorre que o argumento do futuro com valor não pressupõe uma continuidade de personalidade entre o embrião e a pessoa humana, pois não afirma a existência de personalidade embrionária, evitando os problemas supracitados. É claro que podemos apontar problemas e indicar momentos em que o embrião, após desenvolver-se, poderia ter a qualidade de pessoa, principalmente no final da gestação, quando já há muito é reconhecido como feto. Porém, a pesquisa tem como objeto o “embrião *in vitro* excedentário”, ou seja, o embrião em ambiente extrauterino e que não possui personalidade. Se considerássemos a continuidade psicológica como a teoria mais adequada, poderíamos afastar o ser humano em estado de coma provisório como entidade idêntica ao ser anterior e posterior ao processo de coma, caso em que argumentos similares seriam aplicáveis aos fetos e embriões⁶³. Parece mais adequado considerar que a qualidade de pessoa, a personalidade, é estado transitório da vida humana, o que afasta a necessidade de identificar a personalidade em um indivíduo para que ele esteja relacionado ao seu “eu” em outro momento do tempo, ao longo do seu desenvolvimento no decorrer da vida⁶⁴. Mesmo afastada a continuidade como elemento relevante, po-

60 SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 87.

61 WARREN, *The Monist* 57, p. 55.

62 MARQUIS, ob. cit. (nota 48), p. 397.

63 OLSON, ob. cit. (nota 18), p. 272-273.

64 OLSON, *The Blackwell Guide to Philosophy of Mind*, p. 365-366.

demos afirmar a identidade entre o embrião e a pessoa que ele pode gerar, como vimos no tópico antecedente (cf. tópico 2.2.2). O argumento do futuro com valor resiste, então, à objeção de McInerney.

Outra objeção é que o futuro com valor inviabilizaria a contracepção; porém, não devemos gastar muito tempo com esse debate, uma vez que já apontamos que as entidades óvulo e espermatozoide não se identificam com a pessoa potencial (embrião) (cf. tópico 2.2.2). Afetar os gametas jamais levaria a um desvalor idêntico à afetação de embriões. Logo, a contracepção não afeta um indivíduo dotado de futuro com valor⁶⁵.

Marquis, ao não delimitar adequadamente o que seria a propriedade “futuro com valor”, abre margem para uma objeção de ordem epistêmica: não é possível aferir quais embriões teriam um futuro com valor⁶⁶. É um problema de conhecimento, pois não deter a informação não afeta o futuro prático, então o defeito do argumento reside na falta de critério para verificar quais embriões teriam a característica do futuro com valor. Uma alternativa é aceitar que o futuro com valor é *propriedade disposicional dos embriões*, isto é, uma propensão ou tendência de comportamento mediante determinadas circunstâncias⁶⁷. D’Aversa, em busca de concretizar o conceito de propriedade disposicional, utiliza o exemplo da taça de cristal⁶⁸. A taça é objeto quebrável, ou seja, tem a disposição para se quebrar. Pode haver, a princípio, tendência a confundir disposição com potencialidade; porém, a disposição depende de características intrínsecas que podem nunca se manifestar – uma taça pode nunca se quebrar, o que não faz com que ela deixe de ser quebrável. Além disso, a falácia do argumento da potencialidade se deve à atribuição de uma característica atual a um indivíduo como justificativa para atribuir a mesma característica a outro indivíduo que não a detém, mas potencialmente deteria. Ao tratar do futuro com valor, temos propriedades atuais, não potenciais. A constatação de que taça é quebrável não depende da concretização do evento da quebra, que é meramente circunstancial.

Analicamente, podemos adotar o seguinte raciocínio: (1) se um indivíduo possui a disposição para ter um futuro com valor, então, matá-lo é *prima facie* errado; (2) embriões humanos possuem a disposição para ter um futuro com valor; (3) logo, matar embriões humanos é *prima facie* errado. O mal da destruição

65 MARQUIS, ob. cit. (nota 49), p. 11.

66 SILVÉRIO D’AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 102.

67 ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, p. 290.

68 SILVÉRIO D’AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 103.

de um embrião *in vitro* residiria, então, na destituição de um disposicional futuro com valor que o objeto detinha.

Não é a mera violação do desejo de viver que fundamenta o mal da ação de destruição, pois estaríamos legitimando o assassinato daquele que se encontra dormindo ou em coma, o que não pode prosperar em um argumento moral em prol da vida. A propriedade disposicional de futuro com valor deve ser preservada independentemente da sua manifestação. Logo, o indivíduo que se encontra dormindo, apesar de não estar manifestando ou desejando o futuro com valor, detém o valor moral à vida em decorrência da disposição de ter um futuro com valor.

A questão que se apresenta é: Qual a relevância da disposição a um futuro com valor sob a perspectiva do direito penal, considerando a teoria do bem jurídico? A disposição deveria estar ligada a um objeto material e a um bem jurídico existente. Nesse sentido, não protegemos o *res nullius*⁶⁹, a coisa sem dono, na esperança de que se torne parte do patrimônio de alguém, como também não protegemos, por via penal, parte do meio ambiente que inexistente. O que deve ser extraído diante desses dois exemplos é que tanto o bem jurídico protegido quanto o objeto material devem compor elementos do presente para serem dignos de tutela penal.

Até mesmo o meio ambiente, que é protegido pelo Direito Penal visando a preservar o exercício de titularidade por parte de gerações futuras⁷⁰, depende da existência do objeto material a ser protegido, não sendo tutelada a floresta que inexistente ou o rio que virá a ser artificialmente criado. Esse exemplo permite concluir que o que se preserva não é o desenvolvimento característico do meio ambiente natural, que tomaria conta por completo da paisagem urbana, mas a sua atual extensão, independente da sua propriedade disposicional de expansão.

No âmbito dos bens jurídicos individuais, retornemos ao exemplo do *res nullius*. Trata-se de objeto que, diante de futuro assenhoreamento, tornar-se-ia parte do patrimônio de determinado proprietário, integrando bem jurídico penalmente protegido. A característica disposicional do *res nullius* seria a propriedade de ser assenhoreável, possuível, a disposição a tornar-se patrimônio. Porém, essa disposição não garante a tutela penal do *res nullius*.

69 PRADO, ob. cit. (nota 33), p. 327.

70 Vide criminalizações presentes na Lei nº 9.605, de 1998, fundamentadas constitucionalmente no seguinte dispositivo: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

O argumento de Marquis indica que o futuro com valor é a propriedade disposicional que garante a todos o direito à vida. Porém, diante dos exemplos mencionados, notamos que a mera disposição, na verdade, não fundamenta a existência de um bem jurídico penalmente tutelável. Logo, não poderíamos afirmar que a vida de uma pessoa é tutelada por sua disposição a ter um futuro com valor, muito menos expandir esse entendimento para indivíduos no geral, desprovidos de personalidade, como o embrião *in vitro*. Compreender a vida de um ser humano como bem jurídico relevante, em razão das suas disposições, implica a imposição de uma expectativa de desenvolvimento e exercício de atos de valor, mesmo que não haja exigência de concretização. Essa interpretação viola a autonomia do indivíduo, pois, caso se determinasse que suas práticas futuras não constituem um futuro com valor, estaríamos classificando indivíduos merecedores ou não de tutela, dependendo de como exerceria seu entendimento de vida boa, vivendo de acordo com suas próprias regras dentro de sua esfera autônoma⁷¹. Poderíamos, por exemplo, pressupor ou afirmar a inexistência de futuro com valor em casos concretos, destituindo indivíduos de direitos. A aplicação do entendimento exposto antes implicaria violação da autonomia do indivíduo e privilegiaria aqueles que de fato detêm a disposição a um futuro com valor.

Concluindo, no âmbito da teoria do bem jurídico inexistente argumento que fundamente a dignidade penal de tutela do embrião *in vitro*, mesmo considerando suas propriedades disposicionais, incluindo a disposição a um futuro com valor. Verificou-se que o conceito viola a autonomia do indivíduo, por apartar a sociedade entre um grupo que detém essa disposição e outro grupo que, por ato volitivo ou não, não a detém, restando imperativo que seja afastado. Adotar esse entendimento enfraqueceria a tutela da vida e, já que não soluciona o caso dos seres humanos já desenvolvidos, não poderia irradiar como argumento de legitimação da tutela do embrião *in vitro*.

Tratando especificamente dos *embriões sobressalentes*, cujo futuro é a conservação por meio de congelamento, descarte ou pesquisa, podemos afirmar que seu natural desenvolvimento, ou disposição a futuro com valor, não garante direito à vida como a de todos nós, pois o valor de seu futuro reside, no máximo, em sua disposição a ser material para estudo científico, já que jamais será implantado.

71 Sobre o conceito de autonomia: GRECO/SIQUEIRA, LH-Costa *Andrade*, p. 649.

1.2.4 O bem jurídico “vida” como elemento estranho ao tratamento previsto no artigo 5º da Lei de Biossegurança

O crime previsto no art. 24 da Lei de Biossegurança proíbe a utilização do embrião em desacordo com as previsões do art. 5º da mesma lei. De acordo com os artigos indicados, poderão ser utilizados para pesquisa os embriões congelados há três anos ou mais. Essa previsão, por si só, parece afastar a vida como bem jurídico protegido pelo tipo, já que não há razão aparente para que o prazo de congelamento determine ou não a permissão para atentar contra a suposta vida do embrião, considerando que embriões congelados há mais de 10 anos já foram implantados com êxito⁷². Questões relativas à redução da chance de êxito em caso de implantação e a remota chance de manifestação de um desejo de implantação por parte dos pais não deveria ser argumento suficiente para destituir o direito à vida de um indivíduo; porém, é assim regulamentada a tutela da suposta vida do embrião *in vitro*.

Além disso, temos a previsão do § 1º do art. 5º, que define que o consentimento dos genitores deve ser colhido para que o embrião seja utilizado em pesquisa, ou seja, para que tenha a suposta vida violada. Mais uma vez, parece contraditório que aquele que é responsável pela vida alheia possa consentir em desfavor dos melhores interesses do indivíduo vulnerável, nesse caso o embrião *in vitro*, e que esse consentimento atinja efeitos práticos⁷³.

Corroborando a tese de inadequação da vida como bem jurídico tutelado pelo art. 24 da Lei de Biossegurança, temos o § 3º do art. 5º, segundo o qual “é vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. Ainda, de acordo com o art. 15 da Lei de Transplantes, quem “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” estará sujeito à pena de “reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”. Como se nota, há uma remissão à lei que trata da tutela de órgãos e tecidos, o que leva à equiparação do embrião *in vitro* a tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, objetos materiais que não estão imediatamente circunscritos ao bem jurídico “vida”. Logo, seria mais prudente compreender o embrião *in vitro* como objeto material semelhante àqueles elencados no art. 15 da Lei nº 9.434 e, portanto, não compreendido como detentor de vida.

72 MINAHIM, ob. cit. (nota 1), p. 298.

73 SIQUEIRA, ob. cit. (nota 10), p. 242-243.

Assim, após longa tentativa de adequação, é possível afirmar que o bem jurídico “vida” não é o que se protege por meio da Lei de Biossegurança, que, como foi possível identificar nos parágrafos anteriores, não concede tratamento que o resguarde de forma adequada.

1.3 O embrião *in vitro* e o bem jurídico *patrimônio genético*

O patrimônio genético é valor constitucionalmente resguardado⁷⁴ e, nos termos do art. 225 da Constituição⁷⁵, parece ser mero componente do bem jurídico coletivo⁷⁶ *meio ambiente*. Segundo o entendimento do constituinte, a proteção do patrimônio genético é relevante na medida em que sua violação poderia afetar o meio ambiente, valor a ser preservado não somente em favor dos indivíduos existentes, mas daqueles que ainda estão por vir. A infundada postura política, extraída do citado dispositivo constitucional, é problemática e carece de fundamentação, questão que será trabalhada nos parágrafos que seguem.

Essa interpretação nos leva para outro âmbito de debate, que se refere à estrutura do delito, pois a proteção do meio ambiente é pautada pelo recurso aos delitos de perigo abstrato, mais especificamente aos chamados delitos cumulativos. Os delitos cumulativos abarcam condutas que, individualmente consideradas, não acarretam lesão ao bem jurídico; porém, uma vez reiteradas, levariam à concretização do dano⁷⁷. Considerando a difícil reversibilidade ou reparação do dano concretizado, fragilizam-se as barreiras de imputação, tipificando condutas a princípio inócuas em favor da tutela efetiva de um bem jurídico. Porém, devemos interpretar o patrimônio genético humano concretizado no embrião *in vitro* excedentário como mero componente do meio ambiente?

A nosso ver, o patrimônio genético pode ser compreendido sobretudo como *informação genética*. O resguardo da informação genética parece ser interessante por si só, porquanto trata-se de dado sensível⁷⁸, que pode ser material para políti-

74 Vide citação n. 21.

75 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...]”

76 MINAHIM, ob. cit. (nota 1), p. 295.

77 SILVA DIAS, *RPCC* 13, p. 305-309.

78 Nos termos da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais): “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a

cas de eugenia⁷⁹ ou segregação em função de raça, etnia ou características geneticamente identificáveis, como a propensão ao desenvolvimento de condição que acarrete a invalidez de um trabalhador.

Logo, podemos valorar o patrimônio genético considerando seu teor informacional, equiparável aos bens jurídicos protegidos em alguns dos crimes contra a liberdade individual, como os delitos referentes ao sigilo e ao resguardo da esfera inviolável da intimidade do indivíduo. A proposta de interpretação reside no seguinte raciocínio: se a correspondência é inviolável e o dispositivo informático é considerado fonte de informações sensíveis o suficiente para ser protegido criminalmente contra invasões, como podemos ignorar o patrimônio genético como detentor de informações sensíveis e sua dignidade de tutela penal, não por sua manifestação no meio ambiente, mas de forma imediata, como conjunto de informações?

Assim, é perfeitamente possível interpretar, para o caso dos embriões *in vitro* excedentários que o patrimônio genético constitui bem jurídico penalmente tutelado, dado o seu valor informacional, entendimento inclusive reforçado pela Lei nº 13.123/2015⁸⁰. Prosseguindo na definição dos contornos desse bem jurídico, podemos observar que ele se manifesta tanto na forma de interesses e realizações do *indivíduo*, no que tange à manutenção de sua liberdade e intimidade por meio da utilização de suas informações privadas da forma como bem entender, quanto, também, como elemento essencial para a subsistência do *sistema social*, que poderia ser corrompido pela divulgação irrestrita de dados dos indivíduos, gerando segregação, ou ser catalisador de políticas de eugenia, atingindo a população como um todo.

syndicate ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

79 SAVULESCU, *Bioethics* 15, p. 424. it could in principle be used to test any genetic trait such as hair colour or eye colour. Genetic research is rapidly progressing into the genetic basis of complex traits like intelligence and a gene has been identified for criminal behaviour in one family. Once the decision to have IVF is made, PGD has few ‘costs’ to couples, and people would be more inclined to use it to select less serious medical traits, such as a lower risk of developing Alzheimer Disease, or even for non-medical traits. PGD has already been used to select embryos of a desired gender in the absence of any history of sex-linked genetic disease. I will argue that: (1

80 A lei estabelece: “Art. 2º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei: I – patrimônio genético – informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos”. BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.

Considerando o tipo penal estudado⁸¹, que proíbe as pesquisas que tenham por objeto o embrião *in vitro* e que não cumpram as previsões da Lei de Biossegurança, podemos intuir que o legislador pretendia proteger o *patrimônio genético* como conjunto de informações sensíveis, proibindo a sua utilização em desfavor da realização pessoal. Diante disso, o legislador não se ocupou, pelo menos por ora, de questões relativas à utilização dessas informações para implementação de políticas de eugenia ou condutas que prejudiquem o sistema social.

No capítulo que segue, investigaremos a titularidade desse bem jurídico, análise essencial para solucionar questões relativas ao consentimento para utilização do embrião *in vitro* em pesquisas e à interpretação do tipo penal à luz das estruturas do delito, o que permitirá definir os contornos necessários para a sua aplicação.

2 A titularidade do patrimônio genético: a tutela penal do embrião *in vitro* deve atender aos interesses de quem?

Como vimos no capítulo anterior, o bem jurídico protegido, quando tratamos do embrião *in vitro*, é o *patrimônio genético*. A previsão constitucional sinaliza que estaríamos tratando de um elemento do meio ambiente, como a fauna e a flora. Porém, ao adotarmos a interpretação de patrimônio genético humano como dado informacional, criamos distanciamento entre o meio ambiente e a figura estudada. Esse raciocínio será dissecado nos parágrafos que seguem.

2.1 O patrimônio genético como bem jurídico coletivo

O meio ambiente é compreendido como bem jurídico coletivo, ou seja, sua titularidade não pertence a um indivíduo específico, mas à coletividade. A característica que define um bem jurídico como coletivo é a não distributividade, compreendida como a indivisibilidade do bem jurídico entre seus titulares⁸². Bens jurídicos pertencentes à categoria coletiva têm sua existência e seu reconhecimento baseados na necessidade de tutela sobre elementos do Estado (como elementos estruturais) e da sociedade (como criadores de espaço para exercício das liberdades individuais e realização pessoal)⁸³. Neste contexto, para alguns o

81 Vide citações nºs 5 e 6.

82 GRECO, ob. cit. (nota 11), p. 115.

83 HEFENDEHL, ob. cit. (nota 11), p. 59. Os bens jurídicos coletivos são considerados “bens de grande magnitude”, o que influi sobre sua tutela. Esses bens não costumam ser afetados por condutas isoladas, considerando que, individualmente considerados, os atentados contra o bem jurídico coletivo muitas das vezes não ocasionam dano ou

patrimônio genético seria, então, um componente do meio ambiente, tutelado como bem jurídico coletivo.

Quando nos referimos ao patrimônio genético de humanos, no entanto, devemos nos afastar de uma vinculação à fauna e à flora e criar *referência direta aos seres humanos*, razão pela qual vinculamo-nos especificamente à noção de *patrimônio genético humano*. Essa tomada de postura cria diferenciação suficiente do meio ambiente para reconhecermos a nova figura autonomamente. Mesmo dentro desse recorte, existem pesquisadores que consideram o patrimônio genético humano como bem jurídico coletivo, pois deveria atender aos interesses do povo como um todo⁸⁴. Porém, ao submetê-lo ao critério da distributividade, verifica-se facilmente que o bem jurídico tratado pode ser seccionado, ou seja, distribuído entre diversos titulares. Isso decorre da identificação da relevância individual do objeto material “embrião *in vitro*”, cuja existência possui valor para afetados imediatos, independentemente do conjunto abstrato formado pela reunião de todos os embriões *in vitro*. Logo, estamos diante de falso bem jurídico coletivo, pois é mero representante da união de diversos bens jurídicos individuais. Em decorrência dessa constatação, está claro que se trata de bem jurídico individual.

risco relevante. GRECO, ob. cit. (nota 11), p. 128. Diante disso, recorre-se à estrutura do delito de perigo abstrato, que engloba as condutas que podem gerar riscos a bens jurídicos. A figura do perigo abstrato é muito abrangente e, entre suas espécies, a estrutura do delito cumulativo se ocupa da tutela de bens jurídicos coletivos. BADARÓ, *Bem jurídico-penal supraindividual*, p. 275 e ss. Para considerar uma conduta como cumulativa devemos observar dois requisitos de criminalização/interpretação: o primeiro trata do real potencial de cumulação, compreendido como a verificação de que, caso a conduta não seja proibida, a população reiterará o comportamento massivamente; o segundo requisito se refere ao real potencial de dano resultante da reiteração, o que pode ser descrito como a constatação de que a eventual repetição do comportamento lesivo (devidamente quantificada na análise do primeiro requisito) levará indubitavelmente a resultado danoso contra o bem jurídico coletivo. VON HIRSCH/WOHLERS, *La teoría del bien jurídico*, p. 301-303. Outra peculiaridade da figura cumulativa é sua difícil fundamentação, já que se recorre a argumentos por vezes ilegítimos. Além disso, existem problemas relativos à justa imputação, pois a conduta individual não gera, a princípio, risco, logo, seria injusto punir um único sujeito levando em consideração a eventual atuação de terceiros sem liame subjetivo. SILVA DIAS, ob. cit. (nota 77), p. 320 e 335-337. Isso quer dizer, por consequência, que toda tutela sobre bem jurídico coletivo deve atender a *extensa justificação*, observando os fundamentos e os requisitos de criminalização. Logo, não devemos recorrer à figura a não ser como último recurso para evitar relevante lacuna de punibilidade.

84 Nesse sentido: ALBRECHT/SOUZA, *RBCCrim* 108, p. 45; MINAHIM, ob. cit. (nota 1), p. 295; e PRADO, *Direito penal do ambiente*, p. 580.

2.2 O patrimônio genético humano como bem jurídico individual

A integridade genética do genótipo⁸⁵ e a suposta vida do embrião *in vitro*⁸⁶ são consideradas bens jurídicos individuais; porém, evitaremos partir dessas descrições para manter coerência com a interpretação do *patrimônio genético humano como dado informacional*. Resta, portanto, verificar aos interesses de quem se destina a sua tutela.

2.2.1 O próprio embrião *in vitro* como titular de bens jurídicos

A titularidade de bens jurídicos não é limitada pela capacidade civil ou capacidade de consentimento, tanto é que os representantes legais daquele que não possui tais capacidades podem dispor de seus bens jurídicos em favor de seu titular⁸⁷. Como consequência, observa-se a inexistência de termo inicial para a titularidade, já que a possibilidade de disposição em favor do incapaz não transfere a titularidade do bem jurídico aos seus representantes⁸⁸. Além disso, a titularidade de um bem jurídico não deve ser compreendida meramente como a *capacidade* de disposição, mas como a existência legítima do *direito* de dispor desse bem jurídico. Porém, o que deve ser compreendido como “direito”, nesse caso?

A capacidade, assim como a incapacidade, é característica que pode ser atribuída àqueles dotados de personalidade. Essa personalidade, por sua vez, surge, juridicamente, a partir do nascimento com vida⁸⁹. A personalidade é a propriedade que, para o direito, define o indivíduo como pessoa. Considerando essas premissas, poderíamos afirmar que o embrião *in vitro* não pode ser titular de bens jurídicos, já que não nasceu com vida, o que afasta a atribuição de personalidade e exclui a possibilidade de rotulação desse indivíduo como pessoa. Porém, em busca de obter resultado sob uma perspectiva crítica, há de ser feito o seguinte questionamento: Somente aqueles que são considerados “pessoas” podem ser titulares de bens jurídicos? O art. 2º do Código Civil brasileiro resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, o que indica o entendimento de que a titularidade de bens jurídicos não depende, necessariamente, de o indivíduo ser reconhecido juridicamente como pessoa.

85 ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Granada: Comares, 2004. p. 276-277 apud PRADO, RT 835, p. 421.

86 OTERO, Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano, p. 36-37.

87 SIQUEIRA/KASECKER, *Jota* (10 jun. 2019), [n.p.].

88 SIQUEIRA/KASECKER, ob. cit. (nota 87).

89 Previsão do Código Civil brasileiro: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Surge, então, a possibilidade de considerar que outras figuras, além das “pessoas”, também podem ser titulares de bens jurídicos, isto é, legítimas detentoras do direito de disposição sobre eles. O embrião *in vitro* excedentário poderia, nessa concepção, ser considerado detentor de direitos⁹⁰? Entendemos que não. Isso porque o embrião *in vitro* excedentário não conta com o *poder de ação mínimo* necessário para ser titular de direitos, porquanto jamais adquirirá a qualidade de pessoa, nem ao menos nascerá com vida. Logo, reconhecer a sua titularidade sobre bens jurídicos não é nada além de uma ficção sem fins de tutela concreta, já que ele nunca poderá exercer disposição autônoma sobre eles. Conclui-se, assim, que o embrião *in vitro* excedentário não pode ser considerado titular do bem jurídico *patrimônio genético*.

2.2.2 Os imediatamente afetados como titulares do patrimônio genético humano

A nosso ver, a proposta mais coerente para a definição da titularidade do bem jurídico patrimônio genético humano remete a reflexões referentes às novas políticas de tratamento de dados adotadas em diversos países. No Brasil, a mencionada política, positivada pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais [= LGPD]), ocupa-se, inicialmente, de necessária conceituação.

Guiada por fundamentos como autodeterminação informativa, inviolabilidade da intimidade, livre iniciativa, direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade, exercício da cidadania pelas pessoas naturais, desen-

90 Esse questionamento nos obriga a atentar para as contribuições da filosofia moral no que tange à questão. Segundo Hare, nenhuma investigação física ou metafísica sobre esses objetos levará a uma conclusão satisfatória, pois estamos diante da necessidade de uma tomada de postura fundamentada na moral, ou seja, deve ser feita uma decisão moralmente orientada quanto ao conteúdo dessa expressão. HARE, *Philosophy & Public Affairs* 4, p. 202 e ss. Um exercício para a concretização dessa necessidade é imaginar uma lei de onde se extraia a proibição de utilizar veículos com rodas no parque. A compreensão do que são veículos com rodas englobaria patins? Parece uma restrição excessivamente ampla e, obviamente, esbarraria em diversos princípios, o que cria mais injustiça do que de fato atende ao anseio legislativo, que deve se orientar pela realização individual e/ou subsistência do sistema social. É evidente que o estudo do objeto “patins” pouco contribuiria para o debate criado. HARE, *Philosophy & Public Affairs* 4, p. 205. Logo, o que resta é uma decisão moral, orientada por princípios e normas, que enquadre ou não patins como objeto descrito na proibição. Hare transpõe esse raciocínio para definir o que é direito e afirma que, sob a ótica da filosofia moral, direito deve ser compreendido de acordo com as seguintes definições, assumindo que *x* é uma variável que pode ser substituída por um nome de um indivíduo e *y* uma é ação: (1) *x* tem direito a fazer *y* se, e somente se, não é errado fazer *y*; (2) *x* tem direito a fazer *y* se, e somente se, é errado impedir de fazer *y*; (3) *x* tem direito a fazer *y* se, e somente se, é errado não o ajudar a fazer *y*. Cf. SILVÉRIO D'AVERSA, ob. cit. (nota 29), p. 37; e HARE, *Philosophy & Public Affairs* 4, p. 203. Se as definições podem parecer vagas e amplas, para nossos objetivos são mais que satisfatórias, já que podemos observar que o fator comum entre elas é a vinculação de um sujeito a um *poder de ação*. Esse poder de ação não é característica observável em um embrião *in vitro* excedentário, nem mesmo em sua extensão normativa, logo, por mais que sejam definições excessivamente amplas e imprecisas, foram suficientes ao estabelecer um piso conceitual útil para os fins da presente pesquisa.

volvimento econômico e tecnológico e inovação⁹¹, a LGPD define, no inciso II do art. 5º, o que considera como “dado pessoal sensível”. Segundo esse conceito, dado pessoal sensível é aquele que versa sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Como titular dos citados dados, temos no inciso V do mesmo artigo a seguinte previsão legal: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

A nossa proposta de interpretação tem como inspiração os fundamentos e conceitos introduzidos pela LGPD. Como os dados presentes em um embrião *in vitro* revelam informações genéticas, biométricas e, possivelmente, mais conteúdos sensíveis sobre os genitores e inexistente previsão específica da extensão do conceito de titular que abarque o embrião *in vitro* excedentário, essa posição deve necessariamente ser ocupada pelos respectivos potenciais genitores⁹². Capaz de revelar condições médicas, genéticas e até mesmo étnicas, tais dados detêm conteúdo passível de tradução que expõe deterministicamente informações extremamente íntimas dos titulares, fatores que resguardam visível relação com os fundamentos previstos na LGPD.

Se os titulares do bem jurídico *patrimônio genético humano* são, portanto, os futuros possíveis genitores do embrião *in vitro* excedentário, devemos atentar para o respeito à sua autonomia, que engloba o poder de disposição sobre o bem. A autonomia pode ser compreendida como o direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, determinando as próprias regras⁹³. O respeito à autonomia possui fundamento constitucional, porquanto trata-se de componente indissociável da dignidade humana (art. 1º, III, da CR/1988) e da liberdade geral de ação (art. 5º, *caput*, da CR/1988)⁹⁴. O recorte mais relevante para a teoria do delito é a ideia de que a autonomia possibilita a hierarquização de bens jurídicos e sua disposição baseada no exercício da vontade do titular que, determinando

91 Reza, na íntegra, o dispositivo: “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

92 Are genetic data of unborn children subject to data protection under the GDPR? Disponível em: <https://gdpr.be/nederlands/genetic-data-unborn-children-subject-data-protection-gdpr/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

93 GRECO/SIQUEIRA, ob. cit. (nota 71), p. 648 e ss.

94 SIQUEIRA, ob. cit. (nota 10), p. 128.

suas próprias regras, pode utilizar seus dados essenciais da forma como bem entender. A nosso ver, a autonomia integra o conceito de *bem jurídico individual*, que, em um Estado Democrático liberal que valoriza a autonomia individual, não pode ser protegido contra a vontade de seu titular, mas somente em consonância com ela. De fato, se o titular do bem jurídico deseja dele dispor, no sentido de usufruir, não é possível afirmar uma lesão, no sentido jurídico-penal.

Assim, considerando que os bens jurídicos individuais devem destinar-se ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização dos direitos fundamentais do indivíduo⁹⁵, a conduta que resulta do livre exercício do poder de disposição dos titulares é, a nosso ver, atípica. A disposição em favor dos interesses do titular indica a ausência de resultado típico, pois, se o bem for de fato utilizado dessa forma, haverá a reafirmação de seu valor como dado essencial para a realização do indivíduo⁹⁶. Por sua vez, é precisamente a ausência de consentimento válido do titular do bem jurídico que permite afirmar o desvalor da conduta daquele que destrói ou utiliza o embrião *in vitro* excedentário em pesquisas.

No entanto, a proibição de utilização, ainda que temporária, do embrião *in vitro* em pesquisas com consentimento do titular do bem jurídico, prevista na Lei de Biossegurança, acaba limitando injustificadamente o direito de disposição, porquanto não incide sobre conduta abusiva que resulte em danos a terceiros ou de alguma forma atue contra a subsistência do sistema social. Com isso, não se está afirmando que não é possível impor limites objetivos à liberdade de disposição dos bens jurídicos individuais, mas que qualquer limitação nesse sentido deve ser devidamente fundamentada, o que não ocorre no presente caso.

De acordo com essa concepção, portanto, resta evidente a inaplicabilidade da condicionante temporal para disposição dos embriões *in vitro* para pesquisa, caso venha a ser essa a vontade de seus titulares. Não há razão que obste a realização desse desejo, ao menos não resta clara a existência de motivação para a limitação imposta. Ainda, as clínicas, mesmo que orientadas por resolução do Conselho Federal de Medicina, não podem deter esse material sem o consentimento dos genitores, que, se desejarem, poderão destruir os embriões e limitar o acesso às informações neles contidas.

95 SIQUEIRA, ob. cit. (nota 10), p. 192.

96 SIQUEIRA, ob. cit. (nota 10), p. 196.

Conclusão

Como podemos observar, a análise da proteção penal do embrião *in vitro* excedentário tensiona categorias tanto da Medicina quanto da Filosofia e do Direito. A questão relativa ao que se protege quando proibimos condutas atentatórias a esse objeto provou-se complexa, o que demandou a exploração de diversos conceitos. Foi necessária a busca por um bem jurídico que possivelmente abarcasse o nosso objeto de estudo, tarefa que teve início com a análise do bem jurídico *vida*.

Segundo a nossa análise, o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da ADI 3510-0 foi pouco esclarecedor. Após uma investigação dos argumentos que visam a fundamentar a existência de um direito à vida do embrião *in vitro* (pró-vida comum, da potencialidade e do futuro com valor), concluímos que o objeto material embrião *in vitro* não se vincula ao bem jurídico vida. Ademais, ao analisar a regulação da Lei de Biossegurança, a flexibilização da disposição do embrião *in vitro* em decorrência do tempo de preservação em congelamento reforça a conclusão de que o bem jurídico protegido *in casu* não é a vida, o que demanda a busca por outro bem jurídico.

O patrimônio genético é bem jurídico amplo e pode ser compreendido, a princípio, como elemento do meio ambiente. Para o estudo do embrião *in vitro* excedentário, a acepção mais adequada do patrimônio genético concebe-o como *dado informacional genético humano*. O patrimônio genético como dado informacional não constitui um bem jurídico coletivo, pois não atende aos requisitos definidos para a categoria, em especial à não distributividade. A titularidade desse bem jurídico seria, então, individual. A identificação do dado informacional genético aos dados tratados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é pertinente, além de fornecer base normativa-interpretativa que sustenta a tese de que o bem jurídico individual tratado deve atender à autonomia do seu titular. Esses titulares são, a princípio, os potenciais genitores, pois o material genético do embrião *in vitro* excedentário contém informações relativas à saúde e à etnia desses titulares, sendo eles os imediatamente afetados pela violação do objeto material.

Existiria, então, proibição de realização de descarte dos embriões excedentários? A clínica pode reter e conservar embriões contra a vontade dos pacientes? A resposta mais acertada para a primeira questão é negativa. Não há previsão legal sobre o descarte de embriões. Essa previsão encontra-se na Resolução nº 2.294, de 2021, do Conselho Federal de Medicina, que impõe a impossibilidade de descarte do embrião *in vitro* viável antes que complete três anos de criopreservação. A previsão não pode superar o teor de recomendação, pois não há

fundamento para a violação da autonomia individual, valor constitucionalmente resguardado. Isso se deve ao reconhecimento da titularidade dos genitores sobre o patrimônio genético humano, que só poderá ser limitada com base em exercício de disposição que afete terceiro injustamente. Aderir a essa resolução é decisão sujeita à avaliação e aceitação por parte dos titulares do embrião *in vitro* excedentário. Não cabe aos genitores suportar ônus financeiro nem mesmo manter seus dados armazenados por período diferente daquele que foi por eles consentido. Nesse sentido, carece de fundamento a retenção de embriões *in vitro* e sua utilização pela clínica sem o consentimento dos titulares.

Outra questão levantada foi: Os genitores possuem, de fato, a titularidade sobre o embrião *in vitro* ou essa pessoa em potencial possui alguma espécie de personalidade e detém interesses próprios a serem resguardados? Considerando as conclusões obtidas ao longo da pesquisa, restou clara a titularidade dos genitores. O seu direito de disposição sobre seus dados genéticos possui fundamento constitucional na dignidade humana e na liberdade de ação, bem como fundamento legal, de teor interpretativo, na LGPD, que resguarda a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, a livre iniciativa, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Além disso, a personalidade, característica daqueles que detêm direitos, em sua acepção dogmática, é característica atribuída às pessoas naturais, ou seja, nascidas com vida, ressalvadas as pessoas jurídicas. Sob uma perspectiva pré-legislativa, temos a titularidade como a relação entre um sujeito e um poder de ação. Como esse poder de ação não está presente no embrião *in vitro* excedentário, chegamos à conclusão de que ele não pode ser titular dos próprios dados pessoais sensíveis.

Um terceiro ponto controvertido indicado é a questionável legitimidade da proibição do uso dos embriões em pesquisa por meio de uma condicionante temporal, como previsto na Lei de Biossegurança. O anseio por contribuir com o avanço científico ou atender a seus interesses pessoais por meio do fornecimento de material genético embrionário para pesquisa não é prática sujeita à limitação por parte do Estado, que, ao adotar essa postura, viola a liberdade individual em desconformidade com o texto legal e constitucional. A presente pesquisa permitiu identificar que nem ao menos fundamento moral existe para tal violação, que deve ser corrigida legislativamente e, enquanto essa providência não for tomada, deve ser restringida pela interpretação do tipo sob perspectiva que leve em conta o bem jurídico individual *patrimônio genético humano* e a *titularidade dos potenciais genitores*, preservando seu poder de disposição sobre o embrião *in*

in vitro excedentário. Assim, é ilegítima a criminalização da utilização do próprio patrimônio genético em favor dos interesses do titular, como é feito pelo art. 24, complementado pelo art. 5º, ambos da Lei de Biossegurança.

Em suma, a tutela penal do embrião *in vitro* excedentário deve respeitar a autonomia do titular, sob a pena de resultar ilegítima. A tutela definida atualmente pela Lei de Biossegurança viola a autonomia dos titulares do bem jurídico por retirar o poder de disposição sem qualquer razão aparente. As vedações estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina não se amoldam às previsões legais e constitucionais, uma vez que a retenção de embriões *in vitro* excedentários contra a vontade dos potenciais genitores é ilegítima.

As conclusões a que chegamos viabilizam traçar os contornos dos tipos existentes, pois trazem ferramentas para uma aplicação legítima, observando o consentimento dos titulares, agora definidos. Além disso, a barreira rompida permite o fornecimento de material genético embrionário para pesquisa com menos limitações, uma vez que a proibição de utilização para pesquisa só subsiste em caso de ausência do consentimento dos genitores.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALBRECHT, Diego Alan Schöfer; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Clonagem terapêutica e direito penal: fundamentos e limites da tutela do embrião *in vitro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 108, p. 17-54, 2021.

ARE GENETIC DATA OF UNBORN CHILDREN SUBJECT TO DATA PROTECTION UNDER THE GDPR? Disponível em: <https://gdpr.be/nederlands/genetic-data-unborn-children-subject-data-protection-gdpr/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BADARÓ, Tatiana Maria. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BADARÓ, Tatiana Maria. *Harm principle, bem jurídico e teoria da criminalização: fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021. 708 f.

BERMEJO, Mateo; PALERMO, Omar. Diagnóstico genético preimplantacional: un estudio de derecho comparado en América Latina. In: KUDLICH, Hans; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Org.). *Cuestiones actuales del Derecho Penal Médico*. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 145-167.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, p. 120-163, 2000.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e a estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, p. 89-147, 2004.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: FDUC, v. 1, 2017. p. 643-669.

HARE, Richard. Abortion and the golden rule. *Philosophy & Public Affairs*, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 201-222, 1975.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57-75.

HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

KUSHE, Helga; SCARLETT, B. F.; SINGER, Peter. The moral status of embryos [with response]. *Journal of Medical Ethics*, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 79-81, 1984.

MARQUIS, Donald. Abortion revisited. In: STEINBOCK, Bonnie (Org.). *The Oxford Handbook of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 395-415.

MARQUIS, Donald. Why abortion is immoral. *The Journal of Philosophy*, [s.l.], v. 86, n. 4, p. 83-202, 1989.

MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito penal – Lições fundamentais*. Parte especial: crimes contra a pessoa. 2. ed. São Paulo: D’Plácido, 2021.

MARTINS, Alessandra Batriz. *Tutela penal do embrião humano in vitro*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

MCINERNEY, Peter. Does a Fetus Already have a Future-Like-Ours? *Journal of Philosophy, Inc.*, [s.l.], v. 87, n. 5, p. 264-268, 1990.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Disciplina penal do uso das biotecnologias no Brasil: Lei nº 11.105, de 2005. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (Org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 291 ss.

OLSON, Eric. Personal Identity. In: STICH, Stephen; WARFIELD, Ted (Org.). *The Blackwell Guide to Philosophy of Mind*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003. p. 352-368.

OLSON, Eric T. Animalism and the corpse problem. *Australasian Journal of Philosophy*, [s.l.], v. 82, n. 2, p. 265-274, 2004.

PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? Trad. Ivó Coca Vila. *InDret Penal*, Barcelona, n. 2, p. 1-15, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2016/04/1222.pdf>. Acesso em: 20 dez 2021.

PRADO, Luiz Regis. Biossegurança e direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 835, p. 415-433, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei nº 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2021.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 82, p. 24-47, 2010.

SANTOS, Humberto 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*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SAVULESCU, Julian. Procreative beneficence: Why we should select the best children. *Bioethics*, [s.l.], v. 15, n. 5-6, p. 413-426, 2001.

SILVA DIAS, Augusto. What if everybody did it: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 13, n. 3, p. 303-319, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. "Diagnóstico de preimplantación" y derecho. Una valoración jurídica de la generación de embriones in vitro con la decisión condicionada. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (Org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SILVÉRIO D'AVERSA, Rafael Alberto. *O problema moral do aborto e o argumento do futuro com valor*. Dissertação (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. 114 f.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade. *Jota*, São Paulo, [n.p.], 10 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019>. Acesso em: 12 dez. 2021.

STEINBOCK, Bonnie. Moral status, moral value, and human embryos: implications for stem cell research. In: STEINBOCK, Bonnie (Org.). *The Oxford Handbook of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 416-440.

STONE, Jim. Why Potentiality Matters. *Canadian Journal of Philosophy*, [s.l.], v. 17, n. 4, p. 815-830, 1987.

SUMNER, Leonard Wayne. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.

TOOLEY, Michel. Abortion and Infanticide. *Philosophy & Public Affairs*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 37-65, 1972.

VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

WARREN, Mary Anne. On the moral and legal status of abortion. *The Monist*, [s.l.], v. 57, n. 1, p. 43-61, 1973.

Agradecimentos

Este artigo é produto de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Penal (GEPP) da Universidade Presbiteriana Mackenzie (CCT).

Conflito de interesses

Os autores declaram a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre os autores:

Flávia Siqueira | *E-mail:* flaviasiqueiracosta@gmail.com

Doutora em Direito (UFMG). Professora (Mackenzie/SP).

Ítalo Marqueti | *E-mail:* italo.marqueti@gmail.com

Graduado em Direito (Mackenzie/SP).

Recebimento: 12.12.2021

Aprovação: 21.12.2021