XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-715-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I" do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL PROSPECTIVA

THE PROTECTION OF HUMAN GENETIC HERITAGE: FOR A PROSPECTIVE CRIMINAL POLICY

Daniela Aparecida Rodrigueiro [1]
Mário Lúcio Garcez Calil [2]

Resumo

Os avanços que caracterizaram os séculos XX e XXI revolucionaram conceitos antes irrefutados apresentando dilemas éticos variados. Em decorrência da necessidade de controle jurídico das intervenções genéticas, determina-se modificações na dogmática criminal, voltadas à construção de um "direito penal de precaução". O objetivo deste trabalho é, por meio de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, utilizando-se do procedimento dedutivo, estudar, a partir da concepção de bem jurídico-penal, a possibilidade de reconhecimento, dentre os crimes de perigo abstrato, da proteção prospectiva do direito fundamental à identidade genética, sendo indispensável a sua tutela penal, o que justifica o presente estudo.

Palavras-chave: Manipulação genética, Imprevisibilidade, Direito penal coletivo e de precaução

Abstract/Resumen/Résumé

The advances that characterized the 20th and 21st centuries revolutionized previously irrefutable concepts. As a result of the need for legal control of genetic interventions, changes in the criminal dogmatics are determined, aiming at the construction of a "precautionary criminal law". The objective of this work is, through a bibliographical research, a qualitative approach, using the deductive procedure, to study, from the conception of criminal legal good, the possibility of recognizing, among the crimes of abstract danger, the prospective protection of the fundamental right to genetic identity, indispensable for its criminal protection, which justifies the present study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Genetic manipulation, Unpredictability, Collective and precautionary criminal law

[1] Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Professora da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Advogada.

[2] Pós-doutorado pelo Programa de Pós-graduação em Direito Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Bolsista PNPD-CAPES). Doutor em Direito CEUB-ITE. Professor Adjunto IV Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos que caracterizaram os séculos XX e XXI revolucionaram conceitos antes irrefutados: a informática alterou o conceito de "comunicação", encurtando distâncias; a física experimental modificou o entendimento do homem acerca do universo como um todo.

Alguns dos avanços tecnológicos mais impressionantes ocorreram nas ciências da vida. O que parecia ficção, hoje, é real: transplantes de órgãos e tecidos; cirurgias intrauterinas, com a gestação em curso; intervenções eletivas que modificam capacidades humanas, alterando completamente as aparências.

As "maravilhas" medicinais aumentaram radicalmente a experiência e a expectativa de vida daqueles que têm acesso às novas tecnologias. Nada, porém, instiga tanto quanto as significativas evoluções e as expectativas relacionadas à medicina genômica e à engenharia genética humana.

Pessoas inaptas para a reprodução podem conceber e síndromes antes "incuráveis" passaram a ser tratáveis antes mesmo do começo da construção de uma nova vida. A partir da engenharia genética, a seleção de características desejáveis e o melhoramento humano não são apenas meras utopias ou ficções.

Ocorre que, por detrás dessa sensação de conforto e felicidade resultante do sucesso dos procedimentos de manipulação genética, escondem-se dilemas éticos variados, que vão desde a correição moral do melhoramento humano, passando pela possibilidade de modificação do próprio conceito de "humanidade".

A vida, antes uma construção puramente natural, passou a ser (re)construída por mãos humanas. A "loteria natural" cedeu espaço para a loteria genética. Assim, a maior parte das implicações colaterais e dos resultados *off-target* das pesquisas e das terapias envolvendo a manipulação genética ainda são estranhos à compreensão das ciências da vida.

Isso porque é impossível estabelecer um prognóstico seguro dos resultados sensíveis para o indivíduo e para a humanidade. Assim, apresenta-se necessário restringir os procedimentos enquanto não seja possível demonstrar sua inofensividade à fisiologia humana e, em especial, ao direito fundamental à "identidade genética humana" e com ele ao patrimônio genético da humanidade.

A vida é um direito fundamental inquestionavelmente protegido. Sua magnitude o coloca em *status* de exigência da proteção penal. Ocorre que o espectro dessa proteção se estende a todos os seus aspectos e a todas as suas expressões, por exemplo, no que concerne à identidade genética.

Portanto, diante da "imprevisibilidade" dos resultados dos avançados procedimentos de manipulação genética para o futuro da humanidade, parece não ser possível a liberação de referidas práticas, considerando como uma das principais consequências dessa imprevisibilidade o risco à própria continuidade da espécie humana.

Não se pode olvidar que a modernidade, caracterizada pelo avanço irrefreável do processo tecnológico e científico, acabou experimentando um estado geral de insegurança, de perigo constante, que exige do direito posturas diferentes. E é diante do alargamento dos riscos que se estuda a expansão do conteúdo do bem jurídico penalmente relevante.

Permite-se estender a ideia de proteção aos direitos de titularidade difusa, especialmente no que se relaciona às novas práticas tecnológicas. Esse quadro justifica a necessidade de aplicação do "princípio da precaução" no que concerne à proteção da identidade genética humana.

Uma política criminal aplicada aos procedimentos de engenharia genética deve estar além da mera prevenção, isso porque o Direito deve assumir uma dimensão de precaução e estar voltado a impedir eventos que possam comprometer o futuro da humanidade, impondo com esta postura prospectiva uma obrigatória releitura da teoria do delito.

De conhecimento que o direito penal pós-moderno ilumina uma releitura da "métrica criminal" em direção ao reencontro da fragmentariedade e da subsidiariedade, dois paradigmas indispensáveis a essa ciência. Ocorre que a revisão dos tipos penais e a descriminalização de várias condutas, o encontro de um direito penal útil e não simbólico, não implica no afastamento e na desnecessidade de intervenção da ciência penal na proteção dos direitos fundamentais.

Objetiva-se estudar este paradoxo, qual seja, do retorno ao minimalismo da tutela penal ao tempo em que a ciência penal lança sua luz sobre os bens jurídicos transindividuais, na aplicação de um novo modelo penal, o "direito penal coletivo", uma vez que a superveniência desses novos e fundamentais direitos podem impor o detecção sobre si da

condição de bem jurídico-penal e sua consequente proteção por intermédio da criminalização de certas condutas.

Reconhecida a fundamentalidade do direito à identidade genética, e identificado o risco intolerável de referidas condutas, necessário verificar a necessidade (ou não) da intervenção penal, o que justifica o presente estudo.

Assim, temos que o objetivo deste trabalho, portanto, é, por meio de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, utilizando-se o procedimento dedutivo, estudar, a partir da concepção de bem jurídico-penal, a possibilidade de reconhecimento e a necessidade, dentre os crimes de perigo abstrato, da proteção prospectiva do direito fundamental à identidade genética.

1. A IDENTIDADE GENÉTICA DO HOMEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL E BEM JURÍDICO PENAL.

A identidade genética humana se apresenta como um dos componentes da personalidade. Do mesmo modo, a proteção do patrimônio genético humano, em sentido amplo, se afigura como um direito humano, em face do qual se projeta a proteção do próprio futuro da humanidade.

Mesmo diante dos resultados alcançados no campo da genética, que provocam intensas preocupações, dúvidas e conflitos, especificamente ligados a conceitos éticos e teológicos, o Direito se mantém em compasso de espera, ainda em processo de "ponderação" acerca da necessidade de sua atuação. (MARTÍNEZ, 1994, p. 46).

A proteção da identidade genética vincula-se à sobrevivência da espécie, pois a utilização desmedida de procedimentos de manipulação pode destruir a humanidade. Os experimentos genéticos evidenciam a vulnerabilidade de bens jurídicos indispensáveis, como o direito que cada pessoa tem, de ser "único e irrepetível". (MARTÍNEZ, 1994, p. 50-52).

Identifica-se, assim, um bem jurídico ligado à própria essência do homem, a reconhecer o próprio direito de sobrevivência da espécie humana, que passa a ser "sujeito passivo coletivo" das infrações a esse direito: proteger o patrimônio genético humano é, também, proteger a identidade genética humana.

Nesse sentido, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa estabeleceu um "direito a um patrimônio genético não manipulado", que compreende tanto a identidade genética, correspondente ao genoma de cada ser humano, quanto as bases biológicas da sua identidade. (BARACHO, 2000, p. 123).

Esse direito, portanto, busca proteger a "constituição genética individual", de forma que, a partir de sua conceituação, o genoma humano passou a ser, simultaneamente, inviolável e irrepetível, que deve ser, básica e inteiramente, "fruto do acaso e não da heterodeterminação". (BARACHO, 2000, p. 123).

Os procedimentos de manipulação genética colocam em perigo esse bem jurídico fundamental, ligado à sobrevivência e à manutenção da diversidade da espécie humana, de forma que merecem regramentos jurídicos criteriosos, voltados a impedir modificações na identidade genética humana e no patrimônio genético da humanidade.

Isso porque a programação genética interfere na auto compreensão normativa do indivíduo, pois este passa a não ser capaz de se autocompreender como o "único autor de seu projeto de vida", mas, sim, como um "projeto de vida", limitado pelas preferências de terceiros. (FELDHAUS, 2005, p. 310).

Por isso é que é necessário comprovar a completa impossibilidade de danos futuros à individualidade genética, antes da plena aprovação jurídica de um procedimento voltado à sua manipulação é indispensável, em decorrência da importância e da dimensão singular desse bem jurídico.

Protege-se, assim, as possibilidades concretas de (re)produção da vida, de modo que a extensão da engenharia para os níveis orgânico e molecular provoca um "deslocamento do humano", que pode levar à disponibilização técnica da espécie no mesmo nível no qual se encontra a disponibilização técnica do animal e do vegetal. (AMARAL, 2008, p. 14-17).

O esmaecimento das fronteiras que separam o humano do não humano leva à modificação da própria ideia de humano, expondo o patrimônio genético humano aos riscos que caracterizam a modernidade. Assim, a biotecnologia modifica não apenas a natureza, como o próprio ser humano, até sua estrutura molecular. (AMARAL, 2008, p. 19).

Demonstra-se, assim, que se trata de uma problemática gravíssima para o presente e no que concerne às perspectivas genéticas, sob pena de o homem ser irremediavelmente

objetificado, o que representa inegável retrocesso no que concerne à proteção do homem e dos direitos da personalidade.

A identidade genética apresenta-se então como "um bem jurídico-penal supra individual", de modo que atentados à estrutura genética humana são "crimes contra a humanidade". O Direito deve reconhecer e proteger a identidade genética como objeto material dos crime relacionado às condutas reprováveis relacionadas à manipulação genética. (SOUZA, 2004, p. 319-325).

O titular desse bem jurídico é, portanto, a humanidade presente e futura em sentido global, de modo que é um direito transgeracional. O genoma humano é, assim, o objeto material dos crimes que envolvem a engenharia genética humana, o que demonstra o seu caráter prospectivo. (SOUZA, 2004, p. 329).

Mais do que uma proteção preventiva, o direito penal deve atuar como precaução a essas infrações, pois é necessário que as gerações presentes salvaguardem um "legado genético" não degradado em prol das gerações futuras, imune à manipulação genética, feitas as devidas ressalvas, por parte da doutrina à questão da manipulação no que se relaciona a fins terapêuticos. (SOUZA, 2004, p. 329).

Nesse sentido, reta determinar se é necessário adaptar o atual aparato do Direito Penal para o que concerne à proteção do genoma humano nas intervenções da engenharia genética, o que somente é possível após a identificação da identidade genética humana como direito fundamental e, portanto, como bem jurídico-penal.

2. A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL À "REALIDADE GENÉTICA".

A doutrina penal moderna volta-se, em regra, a limitar o *jus puniendi* estatal, sob uma perspectiva "garantista/minimalista". Ocorre que ainda se faz necessário identificar os bens jurídico-penais, de forma a delimitar a atuação do Direito Penal, que se volta a proteger, apenas, os valores fundantes de uma sociedade.

Nesse sentido, Ferrajoli afirmou que o princípio da pena mínima deve ser relativizado em decorrência de uma reação que poderia ser pior, a partir do ofendido ou de forças sociais

ou institucionais solidárias, que é a falta de pena, um fator frequentemente esquecido tanto pelas doutrinas justificacionistas quanto pelas abolicionistas. (FERRAJOLI, 1995, p. 332)

A necessidade de impedir essa reação é uma finalidade justificadora fundamental do direito penal, que legitima a necessidade política do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, que definem o âmbito e os limites das penas e os bens que não se pode lesionar "nem com os delitos nem com os castigos". (FERRAJOLI, 1995, p. 332-335)

Um bem jurídico-penal, assim, é um "bem maior", que perpassa pelo homem individualmente considerado, definição que coincide com o conceito de direito fundamental, que são inafastáveis, indisponíveis, inegociáveis e que, por tais características, necessitam da proteção penal.

Nesse mesmo sentido, os bens jurídico-penais incorporam finalidades necessárias ao livre desenvolvimento dos indivíduos, para a realização dos seus direitos fundamentais ou mesmo para o funcionamento de um sistema estatal que possa estar baseado nessas mesmas finalidades. (ROXIN, 2014, p. 45).

Ainda assim, a criminalização somente pode partir da necessidade de proteção ao um bem jurídico-penal para que seja possível justificar qualquer atuação estatal punitiva. Até porque o Direito Penal tutela valores indispensáveis, não dirige ou regula a atividade humana como um todo.

Os novos estudos criminológicos apontam para a ordem social como resultado do alinhamento e da interação das diversas rotinas e instituições sociais que compõem a sociedade moderna; seu objeto seria, então, assegurar a coordenação entre os sistemas interativos e não a construção de um consenso normativo. (GARLAND, 2008, p. 388)

Assim, a identidade genética, por ser uma das expressões da personalidade do homem, dotada, portanto, de fundamentalidade, é valor de extrema relevância. A identidade genética do homem se expressa de forma coletiva no patrimônio genético da humanidade, assumindo assim inclusive o viés de um direito de toda a humanidade e, sob uma perspectiva "evolutiva", traduz-se em um bem jurídico-penal.

Além disso, nos crimes praticados contra a identidade genética e o patrimônio genético, é irrelevante a vontade do sujeito passivo quanto à permissão de intervir sobre o bem jurídico. A manipulação voltada a alterar o genótipo não esgota o objeto material da infração,

pois, ao contrário dos órgãos e tecidos, os genes se encontram dispersos por todas as células. (CASABONA, 2012, p. 90-92).

Por ser um bem de natureza supra individual, a lesão ao patrimônio genético dependeria de comprovação futura, de modo que seria imperceptível de imediato. Assim, a intervenção penal, de modo a proteger as futuras gerações, não deve e não pode ser dependente de um efetivo resultado danoso.

Por isso é que é preciso considerar os efeitos empíricos da conduta do tecido social, o que demanda "uma hierarquia de bens jurídicos de acordo com o grau de sua dignidade penal". Se esse bem jurídico tem a humanidade como sujeito passivo, nota-se uma pluralidade homogênea que envolve a essência da própria espécie humana". (SOUZA, 2004, p. 117-235).

O resultado naturalístico da conduta penal se identifica na modificação do genoma humano. O bem jurídico penalmente tutelado estaria a salvo diante da não intervenção no genoma humano, protegendo a constituição genética de cada homem, de cada indivíduo e, por conseguinte, da humanidade.

Violar esse direito, rompendo a barreira da evolução por meio da experimentação importaria retirar o direito de autodeterminação das gerações futuras pela corrupção do patrimônio genético.

Autoriza-se então concluir estarmos diante de um direito supra individual que, pela magnitude esposada requer a proteção do denominado direito penal coletivo. Para tanto, necessária se faz uma adaptação de alguns dos conceitos basilares da teoria do delito.

3. O MODERNO DIREITO PENAL E O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE NA QUESTÃO AMBIENTAL GENÉTICA.

Após estas reflexões, passamos à identificação do estado atual da teoria do delito examinando se se verifica o encontro de suporte para o tratamento prospectivo das infrações penais relacionadas à manipulação genética humana, no que concerne à percepção e ao combate dos riscos proibidos e da responsabilidade penal diante de um "direito penal da precaução".

Na biopolítica moderna redefine-se, constantemente, "o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora": as valorizações e politizações da vida implicam nova decisão sobre o limiar além do qual a vida deixa de ser "politicamente relevante" e passa a ser somente "vida sacra", impunemente eliminável. (AGAMBEN, 2010, p. 127-135)

O reconhecimento da existência dos novos riscos decorrente dos avanços tecnocientíficos e demonstra a insuficiência dos atuais métodos para sua absorção, pois representam expressivo perigo para as futuras gerações, o que faz com que o risco se torne um dos elementos centrais dos debates jurídico-penais.

O declínio das ideologias após a revolução industrial fez surgir uma "sociedade de risco", a partir de processos contínuos de modernização autônoma, caracterizados por uma "modernidade reflexiva", traduzida como a "possibilidade de uma (auto)desconstrução criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial". (BECK, 1998, p. 19).

Se os riscos anteriores eram pessoais, concretos, mensuráveis, os atuais são transindividuais, abstratos e de impossível mensuração. Essa nova dimensão apresenta a insegurança como um desconfortável dado do cotidiano. E neste compasso, e também por isso que o discurso jurídico-penal não pode estar imune a essa nova perspectiva social.

A modernidade reflexiva, "as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição", de modo que fogem ao controle humano, o que faz com que seja imposta uma "lógica de risco", que gera efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade do período industrial. (MACHADO, 2005, p. 30)

No que concerne ao direito, essas situações determinam a necessidade de punição das transgressões às denominadas "normas organizativas", que causam lesões que não são "imediatamente sensíveis", mas que dificultam o "atingimento de um determinado objetivo do Estado". (MACHADO, 2005, p.107)

A noção clássica de bem jurídico individual cede espaço para a tutela das funções institucionais e dos modelos de organização estatal, a partir das violações aos padrões de segurança estabelecidos, impondo-se uma perspectiva funcionalista ao Direito Penal, voltada a maximizar a proteção desses bens. (MACHADO, 2005, p.107)

Esse funcionalismo, ancorado em finalidades político-criminais e na ideia de prevenção geral positiva, deslocam a concepção da pena como retribuição para a prevenção

de danos futuros de grande repercussão, demonstrando uma feição protecionista por meio da precaução, portanto, em sentido prospectivo.

Até porque a política criminal é um conjunto de procedimentos por meio dos quais o corpo social organiza respostas ao fenômeno criminal, compreendendo não apenas os procedimentos repressivos como todos os outros, inclusive, aqueles voltados à reparação ou à mediação. (DELMAS MARTY, 1992, p. 24)

Assim, evidencia-se que o momento atual caracteriza-se pelas crises e pela busca da consolidação de um paradigma emergente. A manipulação genética humana se descortina como um risco intolerável, por meio da engenharia molecular, mediante eliminação, adição, substituição ou modificação de genes.

Note-se, portanto, a tendência do incremento dos delitos de perigo abstrato, necessária no contexto dos novos riscos, a partir da necessária prevenção atualmente exigida para alguns bens "que sequer deveriam ser colocados em situação de perigo concreto, muito menos sofrer qualquer tipo de dano, em razão de sua importância". (FERNANDES, 2001, p. 91-93)

Assim, nesse "salto de atuação" do Direito Penal, passando a atingir riscos abstratos, todavia, possíveis. Observa-se um novo comando a partir da norma penal, voltado a proteger o bem transindividual. Trata-se da tendência de uma nova política criminal voltada à gestão dos riscos.

Combinando os níveis e atendendo às necessidades dos destinatários, há um modelo "situacional" e um modelo "social" de prevenção, voltados a evitar a ocorrência dos eventos danosos e não simplesmente reprimi-los, protegendo a sociedade das agressões ao invés de simplesmente garantir a validade das normas. (ZACKSESKI, 2009, p. 177)

Permanece, porém, o desafio de vencer a crise dos riscos sem, contudo, desnaturar a teoria do delito. O eventual alargamento da proteção penal para alcançar novos bens jurídicos não poderia ocorrer por meio da violação das características intrínsecas e essenciais da subsidiariedade e da fragmentariedade.

A necessidade de um "novo direito de segurança" coloca o Direito Penal diante de duas alternativas: ou se adapta às novas necessidades; ou deixa as regulamentações pendentes para os ramos "concorrentes", a exemplo do direito de polícia, do direito do serviço secreto

ou do direito de guerra. (SIEBER, 2008, P. 280)

O “alargamento” do Direito Penal é caracterizado por uma aparelhagem enfaticamente voltada à prevenção e à segurança. As “antecipações da criminalidade” são reações aos riscos das “estruturas de autoria” de crimes complexos, da execução de crimes com divisão de tarefas, criando, inclusive, “figuras especiais de imputação”. (SIEBER, 2008, p. 280)

As manipulações genéticas são fatores de inquietação que estão, na sociedade atual, muito além do mero perigo formal. Além da dimensão individual de ataque à identidade genética, há um perigo objetivo, concernente ao futuro do patrimônio genético da humanidade, que independe do reconhecimento subjetivo de sua concreta ocorrência.

Também é claro que referido perigo será futuro ou mediato e, embora não exista na atualidade, pode advir posteriormente. Trata-se, portanto, da “probabilidade de perigo ou o perigo de perigo”. (ROXIN, 2014, p. 20).

Há, então, vários “níveis preventivos” identificáveis, por exemplo, a atuação sobre contextos sociais e situacionais.

Nos crimes de perigo presumido, não se vê a necessidade, em outras palavras, de efetiva lesão ao bem juridicamente protegido. A presunção do perigo reside na própria norma. A efetiva lesão ao bem protegido, concretamente falando, seria mero exaurimento do delito. A consumação se dá em momento anterior e não depende de qualquer resultado naturalístico.

A necessidade de criminalização de condutas tendentes a manipular geneticamente o embrião, diferentemente do que ocorre nos crimes de perigo concreto, deve prescindir do exaurimento do delito, pena de concretizarmos uma lesão intolerável ao bem juridicamente protegido.

Importante destacar que falamos de riscos, e de riscos incertos. Veja, a exemplo, o que podemos dizer em relação à típica conduta de ter em depósito grande quantidade de substância entorpecente em desacordo com a regulamentação.

O mero ato de ter em depósito, por si só consuma o crime, é um fato típico; eventual entrega à circulação caracterizaria exaurimento do delito, sendo absolutamente certa a lesão apontada pela política criminal eleita atualmente, qual seja, os danos à saúde pública; por outro

lado, se a manipulação genética do embrião ocorrer, não seria possível afirmar que o patrimônio genético da humanidade sofreria efetiva lesão.

Essa novel condição elege um evento incerto, porém, intolerável, à necessária proteção penal. É que a manipulação genética pode alterar o patrimônio genético de forma irreversível, prejudicando as futuras gerações.

Não há, porém, certeza quanto a esse risco. Ocorre que até mesmo, "o perigo do perigo" dessa alteração irreversível é intolerável, pois a diversidade e a identidade genéticas não podem ser expostas a riscos irreversíveis.

Discute-se ainda a eventual legitimidade de condutas que, ainda que tragam consigo um risco incerto e incontrolável, talvez devessem ser suportadas para absorver hoje as denominadas demandas da manipulação genética para fins terapêuticos.

Sobre este dilema, pautamos, a exemplo, que aperfeiçoar a capacidade respiratória do indivíduo pode significar apenas uma melhoria genética, apta a torná-lo diferente dos demais; mais adaptado e melhor paramentado para a vivencia diária. Pode ocorrer, entretanto, que essa manipulação genética se converta na única forma de permitir à humanidade a tolerância aos níveis elevadíssimos de poluição que podem ser alcançados no futuro próximo.

Assim, no exemplo posto, sob determinado ângulo o mesmo evento de manipulação genética pode ser apontado como melhoramento humano, por alguns cientista etiquetado como transumanismo, e por outros, pode ser visto como manipulação terapêutica.

Assim, é impossível ter certeza e leviano afirmar, que este exemplo de manipulação se voltaria a garantir a tolerância a níveis elevados de poluição ou serviria apenas para conferir ao indivíduo geneticamente modificado uma condição diferenciada.

De toda sorte, tal contexto poderá colocar em risco real o futuro da humanidade, com o comprometimento do patrimônio genético; o que se defende ser inaceitável.

Assim é que, após a assunção do risco como elemento nuclear da organização social, passa-se a conferir ao delito uma dinâmica que permite inferir um novo papel do Direito Penal, de modo que o desejo por proteção, acaba impondo ao Direito Penal coibir condutas cuja periculosidade é meramente indicativa, cujos riscos são apenas suspeitos. (BOTTINI, 2013, p. 46-84)

O tipo penal passa a necessitar descortinar elementos que revelem não atividades potencialmente lesivas, mas aquelas em que a periculosidade não é irrefutável pela ciência, entretanto, cuja contenção é exigida pelos efeitos ocultos das novas tecnologias. O desvalor reside "no comportamento e não no resultado" (BOTTINI, 2013, p. 85)

Trata-se de construção metodológica que assegura aplicação de norma penal visando proteger as regras de precaução uma vez que, considerada "a própria prática de conduta proibida, mesmo que existam dúvidas científicas sobre sua periculosidade, já perturbaria a segurança e a certeza de intangibilidade dos bens jurídicos". (BOTTINI, 2013, p. 197)

O risco é incerto, pois não se sabe até que ponto as manipulações poderão interferir no patrimônio genético. Na incerteza, a tutela penal se antecipa a um momento anterior ao da percepção concreta do risco, alcançando um campo estranho à sua atuação: o terreno da precaução, atacando o "risco do risco", o "perigo do perigo".

Não se trata também de caracterizar os crimes de perigo abstrato como "ameaça antecipada de dano". Ao contrário, o estado de insegurança afeta a própria disponibilidade do bem jurídico. Vozes se insurgem, entretanto, em face desta concepção penal, mesmo reconhecendo a necessidade contemporânea dos delitos de perigo abstrato.

Para esses autores, a conduta criminosa somente deveria ser descortinada ante a ocorrência plausível de risco ao bem jurídico em uma perspectiva *ex ante*. Assim, já que a periculosidade é um elemento indispensável aos tipos penais de perigo abstrato, a incerteza do risco excluiria a possibilidade de incidência da norma penal nas situações de precaução.

Por exemplo, Mendonza Buergo tem a periculosidade como elemento essencial ao tipo de perigo abstrato. É capaz, todavia, de identificar situações extremas, que permitiriam abarcar o princípio da precaução como um elemento fundante dessa modalidade de tipo penal. (MENDONZA BUERGO, 2004, p. 449)

Há, contudo, três elementos necessários: as incertezas científicas devem se basear em razoável probabilidade de danos; os danos potenciais têm de ser graves e irreversíveis e recair sobre bens de máxima importância e caráter não renovável; e é necessário observar a proporcionalidade entre os benefícios e os prejuízos. (MENDONZA BUERGO, 2004, p. 449)

Nesse sentido, então, é possível aplicar o princípio da precaução como elemento estruturante dos delitos de perigo abstrato nas hipóteses de manipulações genéticas, pois está-

se diante de incertezas e probabilidade de comprometimento do patrimônio genético na transmissão dos genes manipulados às descendências.

Assim, os "[...] âmbitos e particularidades da criminalidade se mostram realmente como novos em comparação com os correspondentes a algum momento histórico anterior". (ZAFFARONI, 2011, p. 84). O risco, assim, passa a ser o cerne da atuação do Direito Penal, direcionando a política criminal a ser implementada.

A concretização dos danos ao genoma seriam irreversíveis, impossibilitando o retorno ao estado anterior. Desse modo, demonstra-se proporcional, diante dos potenciais prejuízos à própria identidade genética, criminalizar as condutas relacionadas à manipulação do genoma humano.

A partir dessa ampliação, os procedimentos de manipulação genética envolvendo o genoma humano poderiam ser aplicados apenas se restar sobejamente comprovada a ausência de risco à identidade genética do homem, oportunidade na qual deixariam de sofrer a limitação imposta pelo Direito Penal.

CONCLUSÕES

A identidade genética humana é um dos componentes da personalidade, assim como o patrimônio genético humano, até porque sua proteção garante o próprio futuro da humanidade. Identifica-se um bem jurídico ligado à essência do homem, que se volta à sobrevivência da espécie humana, que passa a ser "sujeito passivo coletivo" das infrações a esse direito.

Os procedimentos de manipulação genética colocam em risco esse bem jurídico, merecendo regramentos jurídicos criteriosos, de modo a impedir modificações (ou o risco de) no patrimônio genético da humanidade. Por isso, faz-se necessário comprovar, cabalmente, a completa impossibilidade de danos à individualidade genética, antes da aprovação jurídica de procedimentos de manipulação.

A falta de proteção ao genoma humano objetifica o homem, de modo que representa flagrante retrocesso aos direitos fundamentais, sendo imperioso adaptar o atual aparato criminal no que se refere à sua proteção. Apesar de a doutrina penal moderna voltar-se a limitar

o *jus puniendi*, ainda se faz necessário identificar os bens jurídico-penais.

É preciso delimitar a atuação do Direito Penal, de modo a que proteja apenas os valores fundantes de uma sociedade. Assim, um bem jurídico-penal é um "bem maior", que perpassa pelo homem individualmente considerado, definição que coincide com o conceito de direito fundamental.

A criminalização somente pode partir da necessidade de proteção ao um bem jurídico-penal para que se justifique a atuação estatal punitiva. A identidade genética, por ser uma das expressões da personalidade do homem, é valor relevante, de modo que, sob a perspectiva "evolutiva", é um bem jurídico-penal.

A efetiva lesão ao patrimônio genético dependeria de comprovação futura. A intervenção penal, contudo, de modo a proteger as futuras gerações, não pode depender do efetivo resultado danoso. Assim, o resultado naturalístico da conduta penal somente pode ser um elemento do tipo penal em uma situação de precaução.

Isso porque é necessário proteger antecipadamente o bem jurídico penalmente tutelado, de modo a que esteja a salvo, protegendo-se a constituição genética de cada pessoa. Para tanto, faz-se necessário adaptar alguns dos conceitos basilares da teoria do delito, pois a existência dos novos riscos demonstra a insuficiência dos atuais métodos, notadamente quando falamos num direito penal do coletivo.

A nova dimensão social surgida na modernidade apresenta a insegurança como um desconfortável dado do cotidiano, de modo que o discurso jurídico-penal não está imune a essa nova perspectiva. Um funcionalismo ancorado em finalidades político-criminais de precaução demonstrando uma feição prospectiva.

A manipulação genética humana é um risco intolerável, de modo que esse "salto de atuação" do Direito Penal deve atingir riscos abstratos, porém, possíveis. O desafio é, porém, vencer a crise dos riscos sem, contudo, desnaturar a teoria do delito, de modo que eventual alargamento da proteção penal não pode violar a subsidiariedade ou a fragmentariedade.

As manipulações genéticas são fatores de inquietação que provocam um perigo objetivo, relacionado ao próprio futuro do patrimônio genético da humanidade. Assim, protegido por um tipo penal de perigo presumido, seria desnecessária a efetiva lesão a um bem juridicamente protegido.

Isso porque a presunção do perigo reside na própria norma, de modo que a efetiva lesão ao bem protegido seria mero exaurimento do delito, dando-se a consumação em momento anterior, independente de resultado naturalístico. A necessidade de criminalização da manipulação genética deve prescindir do exaurimento do delito.

Não há certeza de que a manipulação genética possa alterar o patrimônio genético de forma irreversível, porém, até mesmo, "o perigo do perigo" dessa alteração é intolerável, pois, apesar de, hoje, ser impossível ter certeza de que essa manipulação não ocasione prejuízos, caso eles se concretizem, podem comprometer o próprio futuro da humanidade.

Assim, nessa situação de incerteza, a tutela penal deve se antecipar ao momento anterior ao da percepção concreta do risco. O estado de insegurança, então, afeta a própria disponibilidade do bem jurídico. Há, porém, que não se filie a essa possibilidade, apesar de reconhecer a necessidade dos delitos de perigo abstrato na atualidade.

Esses estudiosos afirmam que a conduta criminosa somente poderia ser punida ante a ocorrência plausível de risco ao bem jurídico em uma perspectiva *ex ante*, fazendo com que a periculosidade seja um elemento indispensável aos tipos penais de perigo abstrato, o que, ainda assim, possibilita a construção de uma política criminal prospectiva.

A precaução, como elemento estruturante dos delitos de perigo abstrato nas hipóteses de manipulações genéticas é justificável, já que se está diante de incertezas e da probabilidade de comprometimento do patrimônio genético humano, cuja concretização seria irreversível, o que demonstra a razoabilidade da abstração ora proposta.

Em decorrência da ampliação do espectro de proteção penal desse bem jurídico específico, os procedimento de manipulação do genoma humano somente poderiam ocorrer, licitamente, após a cabal comprovação da total ausência de riscos à identidade genética, ocasião não qual não mais poderiam ser limitados pelo direito penal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AMARAL, Aécio. Ética do Discurso e Eugenia Liberal: Jürgen Habermas e o futuro da

natureza humana. **Linc em Revista**, vol. 04, nº 01, p. 12-27. São Paulo, mar. 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Identidade Genética do Ser Humano: bioconstituição, bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 32, nº 08, p. 121-133. São Paulo, 2000.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASABONA, Carlos Maria Romeu. **Genética, biotecnologia e ciências penais.** Salvador: JusPODIVM, 2012.

DELMAS MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 1992.

FELDHAUS, Charles. O Futuro da Natureza Humana de Jürgen Habermas: um comentário. **Revista Ethic@**, vol. 04, nº 03, p. 309-319. São Paulo, dez. 2005

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal:** uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulación genética y derecho penal**. Buenos Aires: Universidad, 1994.

MENDONZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMÍNGUEZ, José Luis; GARCÍA AMADO, Juan Antonio; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu (Ed.). **La seguridad del riesgo:** um debate aberto. Barcelona: Atelier, 2003.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de Direito Penal.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SIEBER, Ulrich. Limites do Direito Penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. **Revista Direito GV**, vol. 01, nº 04, p. 269-330. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2008.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra individuais. São Paulo: RT, 2004.

ZACKSESKI, Cristina Maria. Da Prevenção Penal à "Nova Prevenção". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 29, p. 167-191. Rio de Janeiro 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.