

Entrevista com o Prof. Carlos María Ro-
meo-Casabona, 297

**DIÁLOGOS COM
A DOUTRINA**

Entrevista com o Prof. Carlos María Romeo-Casabona¹

RTDC: Fale um pouco da sua história acadêmica. Como foram seus estudos universitários, sua formação?

CMR-C: Comecei com os estudos de Direito, graduação em Direito, na Universidade de Zaragoza, na Espanha, e fiz também os estudos de Criminologia, na Universidade de Madrid, ao mesmo tempo, mas um em 3 anos e o outro em 5, foi muito complicado. Depois eu iniciei os estudos de pós-graduação para a obtenção do doutorado, eu estudei um tempo na Alemanha, no Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro internacional, na cidade de Freiburg, depois nas Universidades de Bonn, de Munique, mais de um ano no total, um ano e vários meses. E depois voltei à Espanha e defendi minha tese de doutorado, obtive o doutorado em Direito. Muitos anos mais tarde fiz os estudos para a obtenção do doutorado em Medicina, na faculdade de Medicina da Universidade de Zaragoza, eu era já catedrático de Direito Penal e também naquele momento eu era o diretor da faculdade de Direito — um pouco estranho que o diretor da faculdade tivesse aprovada a tese de doutorado... (risos). Esses foram os estudos que eu realizei. Imediatamente depois de terminar os estudos de graduação em direito, comecei como assistente de Direito Penal, depois fiz um concurso público para professor titular, mas não é a mesma coisa que professor titular no Brasil, é como professor adjunto. E uns anos mais tarde, um concurso público para catedrático de Direito Penal, que é o mesmo que professor titular no Brasil e... o que mais?... Esses são meus estudos. Neste momento sou catedrático de Direito Penal e diretor da cátedra, da cadeira, de Direito Humano, que foi criada por uma instituição, pela fundação do Banco BBV, do governo provincial de Vizcaya, onde moro neste momento, para assumir duas universidades de Bilbao, a Universidade do País Basco, que é como uma universidade federal ou estadual, pública, e a Universidade de Deusto, que é uma universidade privada. Esta cátedra pertence às duas universidades.

RTDC: Falando ainda da sua experiência universitária, até mesmo como diretor, com um cargo administrativo na universidade, como o Sr. vê o papel da universidade hoje em dia,

1 Entrevista realizada em junho de 2002 por Carlos Nelson Konder, Gustavo Espírito Santo e Pablo Rentería.

principalmente com a mudança de paradigmas do Direito, com relação ao positivismo, mesmo... Como o senhor vê o papel que a universidade vem desempenhando na formação do estudante de Direito?

CMR-C: Bem, acredito que o papel da universidade ainda é muito importante na formação de estudantes de graduação em Direito. Mas o problema dos estudos em graduação em Direito é que o conteúdo das matérias de Direito neste momento é muito maior que quando eu era estudante. Isso faz com que sejam muito mais complexos os estudos de Direito, porque são estudos generalistas, enquanto em outros estudos de graduação o estudante tem uma especialização durante os anos que faz a faculdade. Em Direito isso não é possível... É possível uma certa especialização, mas o estudante de Direito tem que conhecer as disciplinas mais importantes, não pode deixar de estudar Direito Processual, Direito Penal, que é mais importante ainda, ou Direito Civil, mais importante ainda para a RTDC (risos)... Então acho que há um desenvolvimento científico e das matérias que faz muito mais difíceis os estudos de graduação, mas a especialização, em todo caso, deve vir depois com os estudos de pós-graduação, se há interesse por eles. Mas estes estudos de pós-graduação, nesse momento também devem ter uma finalidade diferente da que tinham no passado, quando não eram muito importantes: é a formação contínua dos profissionais. Porque antes, no passado, os profissionais faziam seus estudos, os concursos ou o que tivessem que fazer, e não tinham uma formação além do que conseguiam ler e aprender com suas atividades profissionais. Mas neste momento é também muito importante que o profissional mantenha sua formação, de maneira contínua. Essa formação contínua pode ser dada pela universidade também mas com a colaboração dos profissionais, porque a universidade dá uma formação teórica, ainda que em alguns países haja tentativas de que essa formação teórica seja também um pouco prática; no meu país se caminha para que a formação tenha também um conteúdo prático. Na Alemanha, por exemplo, quando os estudantes terminam os estudos de graduação, têm que fazer primeiro um exame estatal, uma prova pública, com os conteúdos de todos os estudos que fizeram e depois ficam um tempo, um ano, dois anos, em estágios, depois têm que fazer outra prova pública, se chama prova de Estado, então esses são caminhos para também obter uma formação prática. Mas voltando aos estudos de pós-graduação, têm essa função hoje muito importante porque o Direito muda, a sociedade muda também, hoje o movimento científico de Direito também muda, é necessário que os profissionais tenham uma formação também científica, não meramente experimental, isso é muito importante. Creio que estes dois blocos, a graduação e a pós-graduação *lato sensu*, são muito importantes para todos, para todas as pessoas vinculadas com o mundo do Direito; depois o mestrado, o

doutorado, unicamente para aquelas que queiram ter o nível máximo de formação jurídica, ou então a pesquisa, mais que o aprendizado profissional.

RTDC: O senhor acredita que o Direito, em relação às outras ciências sociais, tem um papel atualmente de destaque? Qual é a importância do Direito para a Sociologia, para a Filosofia, e qual é a importância da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito nos cursos jurídicos?

CMR-C: Bom, a importância do Direito para a Filosofia primeiro: o Direito tende a criar conceitos, teorias jurídicas, e isto se faz com a ajuda da Filosofia, então temos um caminho de ida e de volta. O Direito pode aportar seus mecanismos, seus métodos de conceituação à Filosofia como âmbito mais geral da estruturação do pensamento. O Direito não se limita, como pensam as pessoas que não conhecem o Direito, a simplesmente enunciar as leis, os artigos, memorizá-los, não. É preciso sistematizar as leis e construir o Direito, o Direito se constrói com conceitos, e isto requer uma estrutura de pensamento mais elevada. Como digo, a Filosofia, concretamente a Filosofia do Direito, pode ser um instrumento de ajuda para que o Direito construa estes conceitos, estas teorias. Já as relações com a Sociologia do Direito são cada vez mais importantes, o Direito reflete o estado de uma sociedade em um momento determinado, os maiores interesses, as preocupações, as matérias que se consideram mais dignas de regulação jurídica, portanto é uma mostra da vida social, de uma sociedade num momento determinado. O conhecimento da realidade social é importante também para o Direito, para saber por onde tem que se guiar, que caminhos tem que seguir para as suas regulamentações. Seria inútil que se estabelecessem regulamentações muito precisas, muito detalhadas em âmbitos da vida social que não têm nenhuma transcendência, ou em âmbitos da vida social que não são muito complicados. É possível que sejam necessárias regras jurídicas, mas é mais importante visar os âmbitos sociais mais complexos, mais complicados, para estabelecer as regras jurídicas e saber quais poderiam ser essas regras jurídicas. A Sociologia por exemplo, no âmbito do Direito Penal, oferece uma visão do Direito do Crime como uma realidade social, mas em conjunto é útil também para saber a política criminal que se deve seguir no futuro.

RTDC: Já que se tratou da importância da Filosofia na formação teórica do profissional de Direito, qual a sua formação filosófica, que autores foram influências da área da Filosofia?

CMR-C: A filosofia clássica, a filosofia grega, para mim foi muito importante num momento determinado. Depois teríamos que dar um salto um pouco longo ao século XIX com as diferentes correntes do pensamento filosófico como reflexo desse movimento das ciências experimentais, as ciências empíricas, dentro das construções filosóficas que se fize-

ram, como o positivismo, por exemplo. Então, depois, a filosofia dos valores do século XX, a filosofia de Nicolai Hartmann, da liberdade, e também as filosofias mais diretamente relacionadas com a idéia de responsabilidade, no sentido de convicção, ou seja, não unicamente a idéia de responsabilidade orientada às conseqüências, mas também às valorações, a filosofia da convicção....

RTDC: O sentimento de responsabilidade? Há uma relação com Hans Jonas, pensador alemão?

CMR-C: Sim, bem, em geral a Filosofia alemã é orientada para a Filosofia do Direito alemã porque muitos filósofos do Direito na Alemanha são também penalistas, alguns são penalistas e especialistas em Direito Processual e Penal, mas outros são especialistas em Filosofia do Direito e Direito Penal. Então tive influência desses filósofos do Direito Penal, também tiveram importância para mim pensadores como [Jürgen] Habermas, [Karl-Otto] Appel. Também foram, realmente, muito importantes para mim os trabalhos de Hans Jonas, um filósofo que está orientado em direção à ciência da tecnologia, especialmente à Filosofia da Biotecnologia, e penso que há umas idéias muito importantes que ele destacou, como a idéia de que os erros do mundo mecânico são reversíveis normalmente, mas os erros do mundo da vida, com a matéria viva, são, ou podem ser, irreversíveis. E isso é muito importante porque muda um pouco a visão das valorações do Direito sobre a matéria viva. E mais recentemente tenho tido muito interesse pelos aportes da Física, pela contraposição da Física clássica à evolução da Física mais moderna, pela Física Quântica, e alguns físicos posteriores, relacionados também com a Física da relatividade, com a teoria da relatividade. A Física clássica estabeleceu leis para a explicação do universo, do mundo, da realidade, estabeleceu leis físicas causais, que digamos, são leis imutáveis, supõem uma concepção imutável do universo, determinista, e eu acredito — neste momento estou lendo e começando uma pesquisa sobre isto —, que esta concepção determinista do mundo pelos físicos exerceu a sua influência nas Ciências Sociais, especialmente no Direito. Se fizermos um estudo mais profundo do século XIX, do positivismo do qual falei antes, e do desenvolvimento tão importante que tiveram as ciências empíricas ao longo do século XIX, a teoria evolucionista de Darwin, vemos que todo o universo parte de uma concepção mecanicista, automática, e portanto é fácil então compreender que se tenha transportado estas idéias ao campo do Direito. Isto tudo é quando começou a discutir-se o determinismo ou indeterminismo quanto ao comportamento humano, tão importante para o Direito, especialmente para o Direito Penal. O que acontece depois? Com a física quântica e também — esta é uma questão que não conheço ainda muito bem — a teoria da relatividade, descobre-se que o universo não é determinista, que as leis da causalidade não são deterministas, não são imutáveis, que,

sobretudo, nos sistemas complexos da realidade existe a probabilidade, não o determinismo, mas sim a probabilidade. Nós, por exemplo, dizemos que dois mais dois são quatro, é uma realidade imutável, mas de acordo com a teoria da física quântica os desenvolvimentos que houve depois com algum prêmio Nobel... nunca me lembro... Prigogine!² Dois mais dois pode normalmente ser quatro, mas pode ser cinco, pode ser três. Isto, creio, é muito importante levar em conta no Direito, como ocorreu com a Física tradicional, que exerceu uma influência muito importante no mundo das leis de causalidade, de causa e efeito. E também, como eu falava, há uma discussão sobre o determinismo da pessoa, do ser humano, quer dizer, na discussão sobre o livre-arbítrio, creio que devemos levar em conta também estas teorias, não transferi-las automaticamente, mas sim refletir sobre elas, elaborá-las, para ver que impacto poderiam ter nestes dois pontos: a relação de causalidade e a questão do determinismo, o determinismo do ser humano. Até agora, com relação ao Direito Penal, em relação à discussão que existe desde o final do século XIX sobre o determinismo e indeterminismo do ser humano, e portanto sobre a culpabilidade penal, muitos prestigiados penalistas diziam que a culpabilidade não poderia ser considerada como fundamento da pena, porque não se podia comprovar empiricamente que o ser humano seja indeterminado, seja livre; e que portanto, como não se pode demonstrar, prescindiam desta culpabilidade, ou prescindiam de uma concessão da culpabilidade sobre a base da liberdade do ser humano. Mas acredito que as teorias mais recentes, como as deste prêmio Nobel Prigogine, Ilya Prigogine, demonstram que não é verdade que o ser humano não seja livre, quer dizer, se pode rejeitar o determinismo. Então com estas teorias, como a teoria do caos que também a Física desenvolveu, precisamente para explicar que um fator determinado de um sistema complexo pode produzir uma desordem — por isso se chama teoria do caos —, enfim, com estas construções creio que se pode demonstrar que é falsa a afirmação de que o ser humano seja determinado, que não seja livre, pelo menos isso. Daí a se demonstrar que o ser humano é livre, isto é mais complicado... Mas acho que há outras teorias que ajudariam a demonstrar o indeterminismo do ser humano. Indeterminismo, em todo caso, relativo, não somos todos plenamente livres mas temos sim, uma liberdade limitada. Todas estas teorias da Filosofia, da Filosofia da Ciência e das Ciências Físicas, as Ciências Biológicas, com todas as minhas inquietudes e preocupações na cátedra de Direito Humano, tudo isto foi minha preocupação filosófica, não só da filosofia geral, mas também da Filosofia da Ciência, para aplicá-las ao Direito.

2 Ilya Prigogine, nascido na Rússia em 1907 e naturalizado belga, ganhou o Prêmio Nobel de Química no ano de 1977.

RTDC: O Sr. falou da filosofia da responsabilidade e citou Hans Jonas, para quem a responsabilidade enquanto sentimento ou convicção tem o efeito de predefinir eticamente uma determinada ação, ou seja, é o sentimento de responsabilidade que levaria os indivíduos a fazer ou deixar de fazer algo. Isto parece um pouco fora do âmbito do Direito positivo, que ao imputar o seu sistema de responsabilidade se baseia na regra da causalidade, do ato já feito e do dano sofrido. O que o Direito pode esperar da responsabilidade enquanto sentimento, como convicção, como isso pode contribuir para o Direito?

CMR-C: Bem... Primeiro é uma reflexão ética, mas creio que não necessariamente tem que ficar em uma reflexão ética, não se esgota numa reflexão ética, mas sim pode ter o seu interesse para o Direito. A idéia de Jonas aponta para a consciência de responsabilidade das pessoas, e sobretudo dos cientistas, diríamos também dos tecnólogos, então, o Direito também pode estabelecer mecanismos preventivos fixando a responsabilidade das pessoas, dos cientistas, pode fixar também mecanismos preventivos para evitar a produção de danos futuros, sobretudo danos irreversíveis. Isto está também relacionado com o problema da causalidade, sobre o qual se falou, mas eu falava dessas leis de causalidade automática, da concepção científica clássica, então significa que na atualidade o Direito deve também intervir quando não há leis científicas conhecidas entre uma ação e um possível resultado, quando não se sabe ainda se uma ação dará lugar a um determinado resultado danoso ou não. Eu acho que, sobretudo o Direito Penal, que é um direito sancionador, que estabelece responsabilidades, tem que evoluir, deve desenvolver-se, tem que mudar diante da nova evolução da sociedade científica e tecnológica, de relações tão complexas. E para isto deve intervir, inclusive para prevenir, naqueles casos em que não se pode determinar causalmente a relação entre uma ação, uma atividade, e um resultado. Esta intervenção pode se dar pelo estabelecimento de medidas obrigatórias de precaução, aplicando-se o princípio de precaução diante destas atividades que não se conhece ainda muito bem, onde cientificamente não está demonstrado que pode ocorrer um determinado resultado danoso, grave, incontrolável e até talvez irreversível e catastrófico para a sociedade, como dizia Hans Jonas. Então, diante dessas situações, a resposta do Direito não pode ser deixar que cada qual faça o que quiser, mas sim estabelecer mecanismos para prevenir estes riscos. Por outro lado, referindo-me mais ao Direito Penal — e partindo do pressuposto de que neste ramo não se deve romper o princípio da responsabilidade pelo próprio fato —, é muito difícil determinar, precisar, quem foi o responsável, tendo em vista a complexidade da vida social, as relações interindividuais, as atividades de produção industrial ou de outro tipo, há uma grande conexão entre umas pessoas e outras no processo produtivo. Então, o que tem que fazer? Penso que, em algumas

ocasiões, é preciso buscar formas de incriminação nas quais não seja necessário constatar a relação de causalidade entre uma ação e um resultado, porque não se saberá se foi uma pessoa ou outra, sobretudo em processos de produção em hierarquia ou encadeada, ou nos outros casos em que cientificamente a demonstração não é possível. Por conseguinte, o modelo de delito mais claro, que é o delito de resultado material, já não serve para poder perseguir todas as condutas não desejáveis, socialmente não desejáveis, e que poderão causar perigos para os bens jurídicos. Deve-se, pois, ultrapassar, em alguns casos, a barreira de intervenção do Direito Penal mediante a criação de delitos de simples atividade, nas quais não se tenha depois que provar o vínculo causal entre um resultado material ou entre um resultado de perigo. Quais seriam, portanto, esses delitos de simples atividade? Os chamados delitos — não sei como se diz aqui no Brasil — “de perigo abstrato concreto”, “delitos de perigo hipotético”, ou “delitos de atitude para perigo”. São diferentes nomes que querem dizer a mesma coisa, eu, pessoalmente, chamo — ninguém mais chama assim — (risos) de “delitos de ação perigosa”, porque se trata de, em alguns casos, não sempre, construir delitos nos quais basta que a ação seja perigosa para que o Direito Penal já possa intervir. Se, entretanto, é assim, se deve demonstrar que a ação era perigosa desde uma perspectiva *ex ante*, que a ação era perigosa para um ponto jurídico determinado que se queira proteger, ainda que seja mais remotamente; deverá demonstrar-se que a ação era perigosa, mas não se deverá demonstrar que essa ação produziu perigo jurídico concreto, ou que inclusive produziu uma lesão. Isto se supõe frente aos delitos de perigo abstrato, nos que se castigam condutas que normalmente são perigosas para os bens jurídicos, mas que talvez num caso concreto não o sejam, então, estes delitos, rejeito-os, porque todo esse direito penal se afasta demais do fim de proteção dos bens jurídicos, ultrapassa demais a barreira de intervenção do Direito Penal. Portanto, em alguns casos, sobretudo naqueles que estão vinculados à atividade científica ou tecnológica, que podem por exemplo afetar o meio ambiente, e principalmente nas atividades entre indivíduos, os delitos de ação perigosa podem ser muito úteis, porque há que se provar que a ação era perigosa *ex ante* mas não há que se demonstrar relação de causalidade entre o comportamento de um sujeito e o resultado. E por outro lado também, os delitos de omissão, os delitos de comissão por omissão, os delitos impróprios de omissão, não sei que nome se dá aqui, também podem desempenhar um papel, claro, já vinculados com um resultado hipotético, porque nestes delitos, o que se faz é imputar objetivamente um resultado determinado à omissão de uma pessoa, pensando que se esta pessoa houvesse realizado uma ação acredita-se — a causalidade é hipotética, não uma causalidade real — que teria podido evitar o resultado. Todos estes tipos de delitos poderiam,

digamos, de algum modo, representar o futuro do Direito Penal, sempre trabalhando-se à luz dos novos desenvolvimentos sociais.

RTDC: O Sr. tem uma vasta experiência internacional, já trabalhou em diversos países. Fale um pouco sobre essa experiência profissional, esta oportunidade de trabalhar com sistemas jurídicos tão diferentes, como o sistema espanhol, o sistema europeu em geral e o sistema americano.

CMR-C: Bom, eu posso falar mais de Direito Penal, que é o que conheço... Nos séculos XVI e XVII a Espanha exerceu grande influência no campo do Direito, com diversas correntes, como o naturalismo, que tinham influência no resto da Europa, sobretudo na Alemanha. Digo isto porque logo aconteceu o contrário, principalmente desde o século XX, começos do século XX, o Direito alemão — falo do Direito Penal alemão — adquiriu um grande desenvolvimento, e a Espanha experimentou uma grande influência do Direito Penal, da dogmática penal alemã, com alguns importantes penalistas espanhóis importando idéias e sobretudo, mais que idéias, a própria metodologia do Direito Penal alemão, as idéias de sistematização do Direito Penal... Agora a Espanha tem um grande nível de Direito Penal; antes os professores de Direito penal, os juristas, alemães eram convidados a colaborar, e agora os alemães convidam os professores espanhóis, o que significa que respeitam, que valorizam o desenvolvimento que experimentaram os penalistas espanhóis também. Digo isto porque o Direito Penal tem esse tronco alemão, todos os países que falam alemão e mais alguns como Holanda, Espanha, Itália, Portugal, têm essa mesma base jurídica. Outros países, ao contrário, ficaram mais isolados, como é o caso da França, que teve grandes desenvolvimentos jurídicos, mas nunca, há que se dizer, nunca no Direito Penal; na França não houve grandes aportes, mas sim no Direito Constitucional, no Direito Civil, ou inclusive no Direito Administrativo; também a Alemanha teve estes três blocos. A França exerceu uma grande influência nestas matérias, e inclusive também no Direito Internacional, mas eu acho que está ficando cada vez mais afastada porque não compartilha as grandes bases do pensamento atual. Este sistema jurídico [do troco alemão] exerceu influência em outros países não-europeus; tem, por exemplo, uma grande influência na Coreia do Sul, houve muitos coreanos que foram à Alemanha, e inclusive o Código Penal coreano é quase uma cópia do Código Penal alemão. Na América está acontecendo mais ou menos a mesma coisa que na Coreia do Sul (risos), claro, pela dupla influência que exerceram sobretudo Portugal e Espanha, a comunicação que houve entre Portugal e Espanha com os países ibero-americanos, então o desenvolvimento do Direito Penal em alguns países teve um nível muito alto por influência da Espanha e de Portugal e, indiretamente, da Alemanha, através da Espanha e de Portugal. Ou em alguns casos direta-

mente da Alemanha: há muitos penalistas norte-americanos que foram também à Alemanha para trabalhar ou que vão à Espanha, há, portanto, uma grande proximidade conceitual e teórica no âmbito de Direito Penal. Há diferenças nos códigos penais, mas não há tantas, porque no desenvolvimento dos novos códigos penais que se estão aprovando nos diferentes países — como é o caso do Brasil — vê-se a influência da dogmática penal européia. Então há uma linguagem jurídica comum e conceitual muito próxima, por exemplo, a parte geral do Código brasileiro foi muito desenvolvida dogmaticamente e nela notam-se as influências deste pensamento dogmático moderno, a omissão, por exemplo, a imprudência, nisto tudo está claríssimo que se compartilha uma mesma cultura jurídica, que não se pode dizer que seja nem alemã, nem espanhola, mas sim que possui aporte de todas. Isto acontece também em outros países, como a Argentina, que tem uma ampla tradição jurídica própria, nos últimos anos nota-se também esta influência européia. No México não tanto, porque ainda que haja penalistas mexicanos muito bem formados, o Código Penal está muito atrasado, tentou-se modificá-lo várias vezes, mas os práticos de Direito não querem que se modifique porque então os advogados nos tribunais teriam que mudar suas idéias... Há uma série de conceitos básicos que não estão sequer implícitos no Código Penal Mexicano. Enfim, há outros países, como o Chile, que também têm um desenvolvimento dogmático muito importante, outros já nem tanto, como ocorre na Venezuela, na Costa Rica, nos países da América Central, no Peru; há alguns penalistas importantes mas não muitos... Aqui no Brasil há penalistas muito bons, é um país tão grande que tem coisas boas em tudo, o que acontece é que é necessário estender mais... Há, repito, penalistas muito bons, reconhecidos fora do Brasil, como [Cezar Roberto] Bitencourt, outros que conheço, Luiz Flávio Gomes, que tem muito boa formação dogmática, e outros mais que agora não lembro. Quero, portanto, dizer que neste âmbito existe uma proximidade, uma afinidade muito próxima, deixando, claro, à parte o sistema anglo-saxão, porque este é muito diferente... Mas é verdade que o sistema anglo-saxão vem evoluindo no campo do Direito Penal, aproximando-se ao que foi o grande aporte do Direito Penal europeu, dos elementos relativos ao delito: ação, omissão, tipicidade, atipicidade, culpabilidade. Estes conceitos nos Estados Unidos são ainda embrionários, entretanto, os EUA estão trazendo contribuições à Europa em matéria de política criminal, em criminologia, enfim, em aspectos que não estão no campo da dogmática.

RTDC: E quanto a sua experiência na redação do projeto de lei de transplantes na Espanha? Como é a experiência de legislar, de regar e prever as situações que possam vir a ocorrer?...

CMR-C: Foi a minha primeira experiência legislativa, e a única; na próxima semana, quando voltar à Espanha, farei uma intervenção no Senado espanhol para falar da "Biotecnologia e o Direito", sobretudo vou falar da possibilidade de pesquisas com embriões humanos. Bom, eu havia estudado os problemas jurídicos que a legislação então vigente apresentava, era uma lei muito antiga, de 1950, naquela época não se podia fazer transplantes de órgãos, isso foi posterior. Faziam-se transplantes de tecidos, cartilagens, ossos, e córneas também, depois. Então a primeira parte do trabalho foi um livro, um livro pequeno: na primeira parte eram os problemas jurídicos, que não estavam bem desenvolvidos, bem resolvidos, e depois como se teria que resolver todos os problemas. Eu terminei com um "desafio jurídico", uma conclusão com um texto, um texto de lei "teórico", como eu pensava que se devia fazer. E... coisas da vida... Um grupo parlamentar de oposição conheceu o texto de lei e o apresentou, o governo não rejeitou; o grupo parlamentar que apoiava o governo também não rejeitou, mas queriam introduzir algumas modificações e assim fizeram. Por exemplo, eu havia previsto infrações administrativas e também alguns delitos, com sanção penal, eles retiraram. Foi engraçado porque eu não sei como, mas não foi durante o processo de discussão, o grupo parlamentar retirou do meu texto os dois artigos sobre infrações administrativas e de delito, mas outro grupo parlamentar apresentou como emenda esses dois artigos... Como eu publicara o projeto em um livro, era um texto público. Bom, o caso é que se aprovou a lei. No Senado, fui convidado quando eles estavam trabalhando para modificar o texto de lei, convidaram-me a estar com o grupo mais reduzido de representantes parlamentares que iam discutir as emendas para apresentá-las à sessão plenária do Senado. Então eu consegui evitar algumas modificações muito ruins, eu tinha 26, 27 anos, era muito jovem, então um senador dizia, "eu quero isto, o que o senhor acha?" — "Ótimo", eu dizia, "melhorou muitíssimo o texto"... Então, dizia isto mas também: "Creio que aqui há um problema muito grave", e explicava o problema... Ele tinha 60 anos, e eu 26... Ele dizia para a secretária copiar, qualquer coisa que fosse ele falava de memória, com muita originalidade, e perguntava "O que você acha?", eu dizia "Muito bem, ótimo, mas..." (risos), já então pela terceira vez... E ele disse "Eu não modifico mais o texto", mas modificou. E também o presidente do grupo parlamentar do governo, que finalmente tinha que defender a lei para a votação em plenária, pediu-me que escrevesse o discurso de defesa, eu escrevi.

RTDC: Professor, além da questão dos transplantes, o senhor tem trabalhado muito com o genoma humano. Fale um pouco sobre isso, sobre os novos desafios que se colocam, o Projeto Genoma, a descoberta do genoma humano... O que o Direito vai ter que tutelar em face destes desafios que se apresentam?

CMR-C: Bom, o genoma humano é um grande desafio para a sociedade, para o ser humano... As pesquisas do genoma humano consideram muitos aspectos jurídicos, alguns problemáticos, mas eu quero unicamente apresentar dois. Um: a informação genética é uma novidade para o ser humano. Dois: é uma informação nova que tem como maior importância sua capacidade de predizer as influências que uma pessoa pode ter, ou desenvolver; que pode desenvolver necessariamente ou não necessariamente, pois umas pessoas têm mais facilidade para desenvolver uma doença que outras pessoas. E, portanto, aqui unicamente se podem tomar medidas preventivas, e no futuro talvez medidas muito mais precisas, mais exatas, mas claro, tudo isto, esta capacidade de previsão é muito importante porque esta informação pode ser utilizada contra a pessoa humana, contra o próprio indivíduo, de forma muito mais grave que outras informações pessoais. Eu digo, além disso, que há outras informações pessoais que a própria pessoa criou por sua vontade, e essas informações podemos destruir, e não se saberá o que havia escrito; mas não posso destruir meu genoma, ele não depende da nossa vontade, fomos concebidos assim, pelos gametas do pai e da mãe, e também não dependeu do pai e da mãe, eles herdaram, por sua vez, essa informação. Portanto, toda essa informação tem uma grande importância para o futuro da saúde dos tratamentos médicos, esse é o aspecto positivo que os juristas esquecem porque ressaltamos sempre o negativo, mas isso requer uma maior proteção jurídica destes dados pessoais para evitar atentados contra a intimidade, atentados, agressões, contra o princípio de igualdade e portanto abusos discriminatórios; e inclusive no âmbito da reprodução humana, também pode haver abusos, tudo isto tem que ser prevenido. Este seria o primeiro aspecto, muito resumido, o segundo é a possibilidade de manipular, de intervir nos genes humanos, esta é a grande novidade científica das pesquisas do genoma humano. Até agora o ser humano aproveitava-se da natureza, mas agora pode modificar a natureza e portanto também poderá, no futuro, modificar a sua própria natureza. Então é também muito importante que se reflita sobre isso, se queremos manter as características biológicas do ser humano essencialmente como são, mas sem preconceito contra as possibilidades de intervir nos genes, de modificá-los, porque talvez no futuro possa-se utilizar também delas no tratamento de algumas doenças. Estes são dois dos aspectos mais importantes, e a soma dos dois, em relação à reprodução humana, volta aos problemas da eugenia, que foram tão importantes no passado, no primeiro terço do século XX, quando houve muitos abusos, houve leis que se aprovaram nos Estados Unidos, e em outros países, como os escandinavos, que aprovaram leis de eugenia. A eugenia "de agora", com algumas exceções, vai ser diferente, porque naquela época os poderes públicos impunham coercitivamente aos cidadãos algumas medidas, como proibição de casamentos,

esterilização, proibição de imigração por motivos eugênicos, não por motivos econômicos como poderia acontecer agora. O problema é a dificuldade de diferenciar eugenia e tratamento, prevenção de doenças. A própria eugenia agora se apresenta como um problema de saúde, um problema entre os médicos e os casais que querem ter filhos sem doenças. É possível que no futuro possa existir não só responsabilidade moral mas também responsabilidade jurídica por ter filhos com doenças quando se podia evitá-las, é uma pergunta que eu faço, não digo que deva ser assim, sim que pode ser, e acredito que há que se pensar muito sobre isto porque se não se introduz alguma limitação os pais não vão querer ter filhos, para evitar que seus filhos quando sejam maiores apresentem um processo, como já acontece, quando os filhos se dirigem contra o médico e dizem "eu não queria nascer". Os tribunais disseram que o nascimento não é um dano, não é um mal, e o não-nascer não sabemos o que é. Até agora os filhos se dirigem contra os médicos, nunca contra os pais, e se no futuro dirigirem-se contra os pais? Não sabemos o que vai acontecer.

RTDC: Qual a sua posição sobre a questão do estatuto jurídico do embrião?

CMR-C: Eu vou publicar um livro aqui no Brasil sobre os genes e as suas leis, onde eu exponho minha posição sobre o embrião. É tudo muito complicado, porque até alguns anos atrás um embrião *in vitro* não existia, portanto o Direito não tinha nenhuma preocupação pela proteção do embrião, com o estatuto jurídico do embrião, porque era uma realidade inexistente, só existia o ventre da mãe, o que não trazia nenhum problema específico além do aborto. Na tradição jurídica sobre a vida humana foi o Direito, não a Ética, não a Religião, mas o Direito, que protegeu a vida humana com muita intensidade, é o bem jurídico talvez mais protegido, na alçada do Direito Penal especificamente, mas também no Direito Civil, no Direito Constitucional, no Direito Administrativo. O Direito protege a vida humana com muita intensidade, especialmente a vida do nascido, das pessoas; protege também a vida do não-nascido, do feto, do nascituro, mas não com a mesma intensidade que a vida dos nascidos. Isto numa escala de valores tem um sentido, significa que o Direito considera mais valiosa a vida dos nascidos que a vida dos não-nascidos, dos fetos. Do ponto de vista ético, há quem considere que não é assim, que as duas vidas têm o mesmo valor, e a religião católica também considera que matar um feto, um nascituro, é um homicídio, como matar alguém já nascido. Jamais as pessoas que mantêm estas teses na Ética ou na Religião pronunciaram-se contra o fato de que o delito de aborto tenha uma pena menor, inferior, mais baixa, que o delito de homicídio, nunca disseram nada. Então o que acontecerá com o embrião? Com o embrião *in vitro*, há uma forma de vida humana que tem que ser protegida pelo Direito, pelo Direito Penal ou pelo Direito Civil, enfim, pelas diferentes disciplinas do Direito. Mas também

acho que se nestes casos se consideram os embriões congelados, deve-se distinguir a proteção de embriões que serão utilizados para a reprodução, protegendo-os de forma máxima, sobretudo para evitar que possam nascer com má formação ou nascer com as modificações genéticas que eu falava antes — o que é muito complicado, porque há modificações genéticas para evitar doenças e má formação —, daqueles embriões que não serão utilizados para a reprodução, para gerar crianças. Estes podem ter também uma proteção jurídica, mas inferior, porque não serão destinados a gerar um ser vivo. Finalmente, há os embriões *in vitro* que não são viáveis biologicamente ou que estão mortos, esse é o último nível, e o Direito não tem que protegê-los de nenhuma forma. Isto seria uma espécie de esquema abreviado destes níveis de proteção. Pode-se entrar também na questão de saber se o embrião é ou não uma pessoa, que é uma discussão mais própria da Ética que do Direito, porque quando se discute no âmbito do Direito se o embrião é pessoa ou não, são juristas que introduzem seus valores éticos e religiosos no debate jurídico. É uma questão também de Direito Constitucional e de Direito Privado, Direito Civil, e eu acho que o conceito de pessoa é um conceito jurídico que tem uma função utilitária, é diferente do conceito filosófico, ético ou inclusive religioso de pessoa. Mas para o Direito tem uma finalidade utilitária, é saber a quem se podem atribuir direitos subjetivos, essa é a única finalidade do conceito jurídico de pessoa, portanto se podem atribuir direitos subjetivos a quem potencialmente pode exercê-los e eu acho que não há por que considerar o embrião uma pessoa, porque o Direito também não considera, nunca considerou, o feto uma pessoa, então por que agora consideraria o embrião uma pessoa? O problema é outro, é a proteção jurídica que se deve dar ao embrião e ao nascituro, o Direito tem que protegê-los, sejam ou não pessoas, da mesma forma que deve proteger os não-nascidos, sejam inteligentes ou sejam deficientes mentais, estejam a ponto de morrer ou não estejam a ponto de morrer. Não há que se fazer distinções quantitativas nem qualitativas; o problema é a proteção que se oferece à pessoa. Claro, a distinção tradicional no Direito, sobretudo no Direito Privado dá-se entre duas variedades, pessoas ou coisas, não há outra. Então podemos dizer que o embrião não é pessoa e o feto também não, não é pessoa porque a ele não se podem atribuir direitos subjetivos, ou ao contrário, não tem direitos subjetivos porque não é pessoa, talvez seja um círculo vicioso. Ainda assim, merece proteção, não é uma coisa que se possa negociar. Não é ou não deve ser uma coisa, mas também não podemos dizer “não é coisa nem pessoa, é algo mais que coisa e algo menos que pessoa”, porque é algo diferente de uma coisa e de uma pessoa. Portanto não podemos dizer que esta é uma situação intermediária entre uma pessoa e uma coisa, mas sim que é algo diferente, não tem a ver nem com a coisa nem com a pessoa. Agora, isso na prática é muito complicado. Esta

idéia é um pouco o núcleo para tentar, a partir daqui, desenvolver um estatuto jurídico para o embrião, com os diferentes níveis de proteção jurídica, de valoração e proteção jurídica, baseando-se nesta idéia de que o embrião não é coisa e também não é pessoa, tampouco algo intermediário.

RTDC: Para o Sr., será eugênica qualquer alteração genética que não se dê por motivos de doença, como por exemplo a determinação do sexo, ou de determinada característica física da pessoa que vai nascer?

CMR-C: Eu aí mantenho uma idéia que não é simples nem aceita: creio que, na atualidade, o conceito de eugenia foi ampliado em relação à idéia de eugenia que se tinha no final do século XVIII, com Galton, conhecem? Galton foi o pai da eugenia, era sobrinho de Darwin; questões de gosto de família... (risos). A idéia que se tem tradicionalmente de eugenia é a eugenia coativa, que responde às políticas demográficas da qualidade da população. Essa foi a idéia fundamental da eugenia, não de Galton, mas das leis que foram feitas nos Estados Unidos, nos países escandinavos, no Japão. Agora acho que o conceito de eugenia... não o conceito, mas a eugenia se ampliou. Porque temos, frente a essa eugenia coativa, como existe na China, por conta de uma lei de 1994, uma eugenia que é da qual eu falava antes, que se apresenta na relação médico/paciente, os pais são doentes que não podem ter filhos sãos, mas querem tê-los. Então, para mim, portanto, a eugenia é tudo isso: qualquer ação para conseguir que uma criança nasça melhor é eugenia. Por exemplo, quando se evita que ela tenha doenças, utilizando-se as novas técnicas de diagnóstico ou os possíveis tratamentos do futuro. Mas o que há que se distinguir é uma eugenia aceitável da eugenia não-aceitável; há pessoas que dizem "não, isso não é eugenia. Eugenia é a coativa, como política populacional, demográfica". Eu acho que não, que tudo é eugenia, mas agora temos que distinguir uma eugenia aceitável na medida em que tenta melhorar a saúde dos indivíduos, de uma eugenia que é coativa, porque claro, essa eugenia também pode ser coativa em determinados âmbitos que estejam destinados também a conseguir a saúde dos indivíduos. Então dito isto, considero que todas aquelas intervenções genéticas que possam contribuir a evitar doenças das futuras crianças para mim são eugenia, uma eugenia aceitável, uma eugenia que não merece nenhuma rejeição por parte do Direito e por parte da sociedade. Agora, quando essas manipulações genéticas pretendem já selecionar algumas características biológicas, estaremos numa eugenia perfectiva, numa eugenia da saúde, mas perfectiva, ou seletiva, ou que responde aos caprichos dos pais e neste caso acho que o Direito deveria intervir para restringir, limitar ou inclusive proibir essas possibilidades. Sobre a escolha do sexo, não se pode dizer que seja eugenia, é uma forma de intervenção, de decidir o sexo dos filhos, onde não se

manipulam genes. Eu não era muito favorável, porque pensava que é uma maneira de banalizar a vida humana, escolher se quero ter uma menina ou um menino, na cultura ocidental. Em outras culturas, orientais, estão sendo utilizadas técnicas genéticas mais complexas ou mais simples, como unicamente o diagnóstico pré-natal, e se, por exemplo, sabe-se que o feto é uma menina, faz-se um aborto, se é um menino continua-se com a gestação. Isto está acontecendo na Índia, e em muitos países do Extremo Oriente, porque há uma carga cultural que considera que as meninas são um peso, um peso econômico para a família, já que elas não trabalham, nestas sociedades ainda não é bem visto o trabalho das mulheres. Elas estão destinadas ao casamento, mas os pais têm que pagar um dote para as filhas; não há, portanto, nenhum "benefício" com as filhas. Inclusive na China já houve, desde os anos 70, uma política demográfica muito restritiva, permitia-se um filho por casal, não se aprovou nenhuma lei, mas era uma política muito firme das autoridades; quem tinha dois filhos era sancionado de forma indireta. Esta política está sendo suavizada em algumas regiões da China; o que ocorria era que, quando nascia a criança, principalmente entre os camponeses, numa cultura mais tradicional e sem meios técnicos, se era uma menina abandonava-se num rio, porque só podiam ter um filho. Então esse risco é muito grande nesses países, mas no Ocidente não há discriminação atualmente por motivos de sexo, pelo menos nos nascimentos, ainda há discriminação no trabalho, em alguns países ocidentais, mas não há uma discriminação ao preferir o nascimento de um menino em vez do de menina ou ao contrário. Então, algumas posições foram mantidas, mas já aceito que nos países ocidentais, ou nos países onde não haja discriminação, se possa eleger o sexo do segundo filho, sempre que o sexo seja diferente do primeiro filho. Por exemplo, se o primeiro filho é um menino, poderia se escolher que o segundo seja menina, com técnicas muito simples, com o exame dos espermatozoides. O espermatozoide com a carga genética do cromossomo y tem um peso molecular menor que o espermatozoide com cromossomo x; y é menor, as mulheres pesam mais (risos); então por um procedimento muito simples de centrifugação os cromossomos x ficam embaixo e os espermatozoides com cromossomos y em cima. É muito fácil, não é 100% seguro, mas é muito fácil. Posso aceitar essa solução, acho que poderia considerar-se a escolha do sexo da segunda criança desde que seja diferente do da primeira. É uma posição talvez de equilíbrio entre um rigor extremo e uma banalização da determinação do sexo.