

## Aspectos legais na utilização de doação de gametas e embriões nas técnicas de reprodução humana assistida

Deborah Ciocci<sup>1</sup> Rui Geraldo Camargo Viana<sup>2</sup>, Edson Borges Júnior<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Juíza de Direito Titular da 2ª. Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santana, São Paulo, S.P.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Desembargador do Tribunal de Justiça

<sup>3</sup> FERTILITY – Centro de Fertilização Assistida, São Paulo, S.P.

A ciência recorre à doação de gametas e pré-embriões para assegurar a descendência, recurso legítimo, admitido de há muito em nossa sociedade. Dentro dos parâmetros legais de hoje, a doação de gametas é importante ferramenta para os tratamentos de Reprodução Humana Assistida.

As possibilidades são diversas e provocam infundáveis questionamentos, especialmente diante da paternidade sem vínculo genético. Por isso, deve-se destacar que gametas, pré-embriões e o útero para gestação de substituição encontram-se, por questões de Moral, Ética e Direito, fora do comércio.

Aqui não se trata de dar braço-forte à moral, tampouco desvirtuar o caráter laico do Direito, mas compatibilizar tais técnicas médicas com a Constituição Federal e assim garantir seu uso de forma legal e válida.

A gratuidade em torno desses bens, que inequivocamente compõem a personalidade, é pressuposto da dignidade humana, sendo possível seu ingresso na circulação jurídica, tal qual o sangue e o leite maternos, somente para fins humanitários.

A proibição de qualquer forma de comercialização, estreita-se com os princípios da Bioética. Com **justiça**, para não haver negócio lucrativo. Com **beneficência**, para impedir a degradação humana de venda de óvulos, ou aluguel de ventre para entrega do filho por dinheiro. Com **autonomia**, para garantir o livre decidir, que a transação impediria.

Esta é também a orientação do Conselho Federal de Medicina. Evidente que a transação comercial impede o livre decidir e afronta a dignidade. O desejo de buscar a prole motiva muitas vezes qualquer sacrifício financeiro.

Os valores de nossa sociedade não admitem disposições lucrativas do próprio corpo e nosso Direito adota regra constitucional no sentido de que "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização..."

Bem por isso que a lei civil considera o corpo humano objeto fora do comércio e torna, portanto, ilícito qualquer contrato oneroso a respeito de óvulos, espermatozoides, pré-embriões e empréstimo de útero.

O temor da exploração física do próprio corpo impõe restrição ao que se conhece como **doação relacionada ou compartilhada**, ilícita, que o Direito deve proteger em todas as suas esferas.

Alguns especialistas admitem que uma paciente que objetiva ter seu próprio filho com tratamento de Reprodução Humana Assistida doe parte de seus óvulos para aquela que o custeará, ou seja, a que se beneficiará com os óvulos pagará o tratamento daquela que os doará.

Tal prática para o Direito é inaceitável, contrária ao disposto na Constituição, bem como na Resolução do Conselho Federal de Medicina, pois implica comercialização e permite desvios inaceitáveis, em razão da figura de um intermediário, o médico, que seguramente se beneficia com a transação. Além disso, gera incontáveis consequências, às vezes impensáveis.

Ainda que o intermediário assuma os riscos do insucesso do tratamento da que doou os óvulos ou custeou o tratamento da outra e não se beneficie com um dos tratamentos, beneficia-se certamente com o outro.

Os tratamentos levados a efeito desta forma podem **invalidar os termos de consentimento** e, em tese, configurar, dentre outras consequências, crime de constrangimento ilegal ou lesão corporal.

Troca ou escambo sempre foi atividade comercial e lucrativa. A doação relacionada ou compartilhada não se enquadra em outra definição.

O consentimento para qualquer tratamento exige, para sua validade, agente capaz e objeto lícito, dentre outros requisitos. Não sendo lícito o objeto quando há comércio (troca ou escambo), por vedação constitucional, a nulidade do consentimento da doação de óvulos em troca de remédios e tratamento é inquestionável.

O consentimento é essencial em todo e qualquer procedimento de Reprodução Humana Assistida e sua falta afronta a autonomia individual, que é protegida pelo Direito Penal. Trata-se de requisito que não pode sequer ser substituído por autorização judicial, pois não se equipara a outorga marital, revestindo-se, isso sim, de verdadeira manifestação de vontade para a prática de intervenção médica com consequências para sua própria pessoa, daí a razão de ser indispensável.

O Código penal dispõe em seu artigo 146 que:

"Artigo 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º. As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º. Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; ...

Não se admite que o médico use, por exemplo, por se adequar à descrição típica, "qualquer outro meio que impossibilite resistência", manipulação psicológica para realizar o tratamento, o que se pode considerar quando há a troca ou oferta de tratamento sem custo.

A ilicitude dos tratamentos assim realizados pode gerar conseqüências no campo do direito civil, questionando-se quem dará o sustento à criança nascida do procedimento ilícito, além de influir na determinação da maternidade ou paternidade. Não se deve perder de vista que, nesses casos, não haverá vínculo genético e o consentimento que determinaria a paternidade social é viciado.

A necessidade de proibição de qualquer tipo de transação comercial com o corpo humano e seus elementos é orientação mundial, tanto que o genoma humano, em um sentido simbólico, é considerado patrimônio da humanidade. A Declaração Universal do Genoma Humano dispõe que: "O genoma humano em seu estado natural não deve ser objeto de transações financeiras".

Há, ainda, diretrizes mundiais no sentido de que o corpo humano e elementos em estado natural não são considerados invenções patenteáveis, mas objetos absolutamente fora do comércio e dignos de proteção de todas as esferas do Direito.

A Lei da Biossegurança seguiu essa mesma orientação e, ao permitir a doação de embriões para pesquisa, tratou de criminalizar a possibilidade de comercialização de material biológico, fazendo referência ao já existente crime do artigo 15, da Lei nº 9.434/97, que estabelece *in verbis*:

"Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, de 200 (duzentos) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação."

Ainda que não se possa dizer que há crime nas doações relacionadas, por inexistir crime por analogia, tendo em

vista que o esperma e o óvulo estão excluídos do âmbito da referida lei, extrai-se a ilicitude dos procedimentos assim realizados consideradas a Constituição Federal e a proteção da dignidade humana.

Tal ilicitude, no campo do direito civil, poderá gerar inúmeras conseqüências indesejáveis, relacionados com a filiação e a paternidade, além da obrigação de indenizar aquele que se sentir prejudicado após o procedimento médico. O comércio em torno dos gametas, embriões e das gestações de substituição só aumentaria os conflitos, diante das pressões do mercado econômico e da "coisificação" do ser humano, absolutamente incompatíveis com a dignidade.

#### Contato:

Edson Borges Junior  
Fertility - Centro de Fertilização Assistida  
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 4.545 – Jardim Paulista  
São Paulo, SP – CEP: 01401-002  
Fone: 11 38859858  
e-mail: edson@fertility.com.br

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ESER, A. Genética humana- Aspectos jurídicos e sócio-políticos. RPCC 2, PP.45, Lisboa: Aequitas Editora Ltda., 1992. Trad. Pedro Caeiro.

FARIAS, P.J.L. Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas. Jus Navigandi, Teresina, 2000; 4:45.

HABERMAS, J.. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINEZ, S.M. **Manipulação genética e direito penal.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998.

ROMEO CASABONA, C.M. **Do gene ao direito:** sobre as implicações jurídicas do conhecimento e da intervenção no genoma humano. Trad. Fabrício Pinto Santos. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SAMBRIZZI, E.A. La procreacion asistida y la manipulacion del embrion humano. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis-Nexis Argentina S.A., 2001.

SOUZA, P.V.S. Direito penal genético e a lei de biossegurança: Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.