

Contrato de doação de gametas: um estudo sobre suas nuances contratuais e suas implicações nas relações jurídico-familiares de filiação

Vanessa Audrey Alves Cardoso SANTOS*

RESUMO: Com o avanço das técnicas de procriação medicamente assistida, percebe-se um aumento na utilização de gametas de terceiros para solucionar problemas de infertilidade masculina ou feminina. Com isso, aumentaram as discussões jurídicas sobre essa nova realidade que tem atingido um verdadeiro pilar do Direito - o instituto da filiação. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é realizar um estudo das questões contratuais atinentes ao tema, levando em consideração as nuances e particularidades desse contrato (*tipicidade e atipicidade*), a maneira como ele tem regulado as condutas dos sujeitos contratuais (*complexos contratuais*) e, conseqüentemente, dos seus efeitos no Direito de Família. A título de suporte à discussão central, analisar-se-á, ainda, como os ordenamentos jurídicos estão se posicionado frente à questão do anonimato, um dos pontos cruciais no debate dos contratos de doação de gametas, sem negligenciar a discussão em torno da problemática da compra e venda desse tipo de material biológico.

PALAVRAS-CHAVE: Doação de gametas; aspectos contratuais; implicações no instituto da filiação; anonimato do doador; direito comparado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Os gametas analisados sob um enfoque jurídico; – 3. Contrato de “doação” de gametas no universo dos contratos atípicos; – 4. Características e particularidades do contrato de doação de gametas; – 5. Doadores: quem pode ser e quais as exigências; – 6. Algumas notas acerca do anonimato dos doadores nos diversos países; – 7. As implicações da reprodução assistida heteróloga no instituto da filiação; – 8. Conclusão; – Referências citadas.

TITLE: *Gamete Donation Contract: a Study of its Contractual Nuances and its Implications for Legal Family Affiliation*

ABSTRACT: *With the advancement of medically assisted procreation techniques, there is an increase in the use of third-party gametes to solve male or female infertility problems. With this, legal discussions on this new reality have increased, which has reached a true pillar of law, which is the institute of affiliation. In this context, the objective of this work is to study the contractual issues related to the topic, taking into account the nuances and particularities of this contract (typicality and atypicality), the way how it has regulated the conduct of contractual subjects (contractual complexes) and, consequently, of its effects on Family Law. Using comparative law, but as a support to the central discussion, it will be analyzed how legal systems are positioning themselves in front of the question of anonymity, one of the crucial points in the debate of the contracts of donation of gametes, without neglecting the discussion around the problem of the purchase and sale of this type of biological material.*

KEYWORDS: *Donation of gametes; contractual aspects; implications in the affiliation institute; donor anonymity; comparative law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The gametes analyzed from a legal perspective; – 3. Gametes “donation” contract in the universe of atypical contracts; – 4. Characteristics and particularities of the gamete donation contract; – 5. Donors: who can be and what are the requirements; – 6. Some notes on donor anonymity in different countries; – 7. The implications of heterologous assisted reproduction in the affiliation institute; – 8. Conclusion; – References.*

* Mestra em Direito Civil na Universidade de Coimbra. Bacharela em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

1. Introdução

Ao adentrar no campo das doações biológicas, o senso comum evoca a doação de sangue, órgãos ou de medulas, todas elas mais comentadas entre as pessoas e divulgadas nos meios de comunicação, com cariz até de apelo social. Todavia, o objeto das doações de material biológico não se restringe a esses exemplos. Existe também a doação de gametas, menos comentada, é verdade, uma vez que ainda se observa um determinado *tabu*¹ em torno das questões a ela atinentes. É justamente sobre ela que nos debruçaremos a partir de agora.

Diferentemente das doações acima mencionadas, cuja finalidade é a manutenção da vida, envolvendo apenas doador e receptor, a doação de gametas introduz uma terceira pessoa nessa relação, aquela que virá a nascer. Ou seja, implica na criação de uma nova vida, sem olvidar que, aqui, ocorre a continuação e prosseguimento da genética daquele que doa. Como se depreende, os efeitos daí decorrentes são bem mais complicados e intrigantes.²

O objeto dessa pesquisa nos remete a inúmeras questões de ordem psicológica, moral, social e jurídica. Considerando que boa parte dos trabalhos acadêmicos desenvolvidos se volta para a discussão acerca do anonimato do doador frente ao melhor interesse da criança nascida a partir de procriação medicamente assistida, não se pretendeu repetir essa discussão aqui, com eventual sopesamento dos argumentos favoráveis e contrários. De modo diferente, o objetivo deste trabalho foi fazer um estudo acerca dos aspectos

¹ Desde a primeira vez em que se ventilou a ideia de inseminação artificial com doador, na Inglaterra, no final dos anos 30 do século XX, a questão se deparou com oposição, sobretudo da igreja católica e dos moralistas da época, que afirmavam ser uma técnica imoral e condenável. A igreja que defendia a entidade familiar patriarcal e matrimonializada, condenava a interferência de um terceiro no Sacramento do matrimônio, levantava problemas como o adultério e a procriação de filhos considerados ilegítimos, uma vez que a informação colocada na certidão de nascimento era considerada falsa por não corresponder à verdade biológica, fundamentos estes que eram usados para resistir a essa novidade da ciência. Ver MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 337-339. As autoras destacam que a situação só mudou na Inglaterra em 1990, com o Human Fertilization e Embryology Act, “que determinou a aplicação do princípio da presunção da paternidade do marido da mulher inseminada artificialmente, passando a criança ser tratada como prole legítima, elidindo-se qualquer vínculo legal entre o genitor e a criança” (p. 339). Na Itália, essa visão arcaica de associar a inseminação artificial com o uso do sêmen de doador ao adultério chegou a ser ventilada nos tribunais do país na década de 50. Ver CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gametas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas-Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 4.

² BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan. – jun., pp. 44 – 58, 2013, p. 45; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 743-744; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, p. 47.

contratuais que envolvem essa doação, bem como dos efeitos jurídicos que dela decorrem para o Direito de Família, sobretudo no tocante ao instituto da filiação, apontando as respostas que o Direito tem dado para as inquietações que surgem em sua volta.

Além disso, mas com caráter meramente acessório, buscou-se conhecer a realidade dos diversos ordenamentos jurídicos no que toca ao anonimato na procriação medicamente assistida, tendo em vista a existência de um turismo biomédico transnacional que se dá justamente na tentativa de contornar as determinações impostas pelos sistemas jurídicos nessa esfera. Por conseguinte, importante destacar desde o início que o presente artigo não pretende focar apenas na análise jurídica do ordenamento brasileiro no que diz respeito à sua prática e legislação, até porque ainda não temos no Brasil uma lei específica sobre a procriação medicamente assistida. Servimo-nos, para tanto, das Resoluções do Conselho Federal de Medicina que têm servido de regulamento base. Nessa esteira, para enriquecer o debate nos utilizamos do estudo comparado com outros países com o intuito de alargar o horizonte para as soluções e posicionamentos pontuais no tocante a toda as problemáticas inerentes ao assunto.

2. Os gametas analisados sob um enfoque jurídico

Antes de adentrar nas particularidades contratuais, há de se analisar o seu objeto, os gametas, sob um olhar jurídico, o que é imprescindível para determinação de alguns pontos cruciais.

Em primeiro lugar, questiona-se acerca da sua natureza jurídica, com o propósito de concluir se eles podem, ou não, ser comercializados. O assunto está longe de ser pacífico. De um lado, há aqueles que afirmam que os gametas são entidades sagradas, alguns que defendem que são pessoas ou potenciais pessoas, outros que os classificam como coisas que estão fora do comércio e há ainda aqueles que, de maneira enérgica, defendem sua natureza real.³ Neste ponto, adotamos o posicionamento assumido por Vera Lúcia Raposo, que defende: “*A célula sexual é de facto uma “coisa”, embora esta qualificação se funde num entendimento amplo deste conceito. Mas não deixa de ser certo que um*

³ BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014, p. 26; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 747; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, p. 96; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, p. 50.

*gâmeta não se confunde com uma pessoa e, por outro lado, por si só não a pode originar”.*⁴

Questiona-se, ainda, se são “coisas” comercializáveis ou se estão fora do comércio jurídico. Aqueles que defendem a alienação dos gametas o fazem com base no princípio da autonomia da vontade, alegando que cabe ao indivíduo tomar decisões segundo seus próprios interesses. Sendo assim, o sujeito poderia dispor do seu corpo da forma que melhor lhe conviesse. Contudo, sabe-se que o direito à autodeterminação esbarra em limites como a lei, a ordem pública e os bons costumes.⁵ Nesse sentido, importa trazer os ensinamentos de Carlos Mota Pinto⁶ acerca do que se entende por ordem pública, que seria: “*o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas.*” Diante disso, prepondera o caráter *extra commercium* dos gametas, em decorrência do princípio que a sociedade partilha da não instrumentalização do ser humano.⁷

Permitir o comércio das células sexuais humanas, a nosso ver, implica em inúmeras outras problemáticas das quais não podemos ser indiferentes. Ao se admitir o princípio da autonomia da vontade como fundamento para a comercialização desse tipo de material humano, estaríamos dando azo para a negociação em torno de células, tecidos e órgãos, tendo em vista que estão sob a proteção do mesmo manto, em outras palavras, a “disposição do próprio corpo”. Contudo, isso é deveras perigoso. É distanciar-se da solidariedade que envolve a doação de vida, seja na manutenção desta ou na origem de outra. É precificar o ser humano. É retirar-lhe o véu da dignidade humana, como concluiu Kant: “*No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade*”.⁸

Ademais, alguns autores apontam o risco da (des)valorização dos gametas de um indivíduo por vincular características físicas bem quistas ou não, por aquele que figuraria

⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, p. 748; RAPOSO, Vera Lúcia. *Contratos...*, p. 96; RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, p. 50.

⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 2/12/323.

⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota/ MONTEIRO, António Pinto/ PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2005, pp. 557-558.

⁷ BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014, p. 26.

⁸ NUNES, Ruy. A liberdade ética da pessoa humana. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 146.

como o consumidor nesse comércio. É chocante pensar no corpo humano, com tudo que o integra, à venda e sujeito às regras de mercado. Razão pela qual nos colocamos na defesa de que os órgãos, tecidos e células devem figurar como coisas fora do comércio.

No espaço europeu, observa-se que dificilmente admitir-se-á uma legislação que legitime o pagamento de gametas, de forma a ultrapassar a simples compensação a título simbólico, como se observa em alguns ordenamentos, como o de Portugal. Isso se explica diante da proibição desta prática pela Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial, de 16 de Março de 1989, que veda expressamente o comércio de embriões e gametas e pela Directiva n.º 2004/23/CE que consagra o princípio da gratuidade das doações de células e tecidos.⁹

Em contrapartida, Vera Lúcia Raposo aponta uma realidade a qual devemos atentar: “*a partir do momento em que os bancos de esperma publicitam os seus ‘produtos’ na Internet, e permitem inclusive a encomenda online e respectiva entrega ao domicílio, parecem reunidas as condições para a sua qualificação como um dos muitos bens que se podem adquirir no mercado cibernáutico*”.¹⁰ Essa é uma situação que se dá, na maioria das vezes, à margem da lei. Como os ordenamentos jurídicos pretendem lidar com esse fato, ainda não se sabe. O que se constata, contudo, é que a proibição não tem sido suficiente para impedir e coibir essa prática.

Em segundo lugar, discute-se acerca do poder de disposição dos gametas. Há aqueles que apontam o estado civil como uma das limitações a este poder, ao defenderem que as pessoas casadas não poderão doá-los sem que o seu cônjuge consinta. Contudo, essa asserção não encontra respaldo legal, considerando que a maioria dos ordenamentos jurídicos, entre eles o do Brasil e de Portugal, entre outros, aceita que determinada

⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 758-759; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93 -122, Bilbao, 2012, p. 106; SILVA, Susana. Direito, genética e família: o caso da doação de gametas em Portugal. In SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coords.). *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*. Porto: U. Porto Editorial, 2009, p. 86.

¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, p. 51. Essa situação também é mencionada em SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: reflexos no direito de família e das sucessões. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 14. Em 2015, a China ganhou destaque na mídia, ao ser noticiado que a sua maior empresa de comércio eletrônico - o Alibaba - havia divulgado um anúncio que oferecia até 800 dólares por doações de esperma. Isto se deu pelo fato de a China lidar com índices crescentes de infertilidade, somado à falta de doadores. O anúncio ficou no ar por 3 dias, o que resultou em 22 mil interessados em ajudar os sete bancos de esperma cadastrados. Ver UOL. *Gigante do comércio chinês paga até US\$ 800 por doação de esperma*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 23/04/2018.

pessoa, mesmo casada, assuma um filho que não seja do seu cônjuge. Dessa forma, as leis de reprodução assistida propendem a não exigir o consentimento do cônjuge do doador.¹¹

Acerca da propriedade sobre os gametas,¹² a doutrina se divide. Vera Lúcia Raposo, ao defender a natureza jurídica de “coisas”, assinala que é preciso uma certa cautela, pois essa classificação não observa o sentido estrito dado ao termo, de modo que o direito à propriedade exercido sobre os gametas, por conseguinte, não observa o sentido clássico reconhecido do direito de propriedade.¹³

Por fim, a doação deste tipo de material, ao ser previsto em diversas legislações, demonstra o reconhecimento dos ordenamentos jurídicos de que os gametas podem figurar como objetos contratuais idôneos¹⁴, já que não se vislumbra lesão à integridade física ou deformação permanente daquele que doa, nem atenta contra os princípios que orientam a vida social, de modo a ensejar a proibição desse tipo contratual, pelo menos a título gratuito, pois, como já fora mencionado, as transações a título oneroso são extremamente questionadas.¹⁵

3. Contrato de “doação” de gametas no universo dos contratos atípicos

Existe uma dificuldade imensa, no senso comum, de identificar e compreender a

¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 748; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93 -122, Bilbao, 2012, p. 97; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, p. 52.

¹² O caso Hecht v. Superior Court 20 Cal. Rptr. 2d 275 (CT. App. 1993) é emblemático para ilustrar a discussão ora posta, no qual o Tribunal da Califórnia, ao apreciar a lide, entendeu que o esperma faz parte da herança e que seu titular até o dia da sua morte possui o poder de lhe dar um destino à sua melhor conveniência, baseado no direito de propriedade sobre aquele. O litígio se originou após a morte do senhor Kane que ao se suicidar deixou, por meio de testamento, seu esperma congelado para sua namorada, Debora Hecht. Seus filhos receosos com os efeitos patrimoniais daí decorrentes queriam que o esperma fosse destruído de modo a evitar que a senhora Hecht fosse inseminada com ele, o que motivou a disputa desse material biológico judicialmente pelos interessados. O Tribunal, ao analisar o caso, entendeu que o esperma poderia ser encaixado no conceito abrangente de propriedade, de modo a fundamentar a sua disposição testamentária.

¹³ MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 178; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, p. 756.

¹⁴ Há de se assinalar, contudo, que não são todos os ordenamentos jurídicos que permitem a doação de gametas femininos e masculinos. Na Alemanha, Áustria, Suíça e Noruega, por exemplo, é proibida a doação de ovócitos, permitindo apenas a doação de sêmen. O fundamento alegado para tal proibição está associado “a não dissociação da maternidade e ao risco de favorecimento, através da dádiva de ovócitos, de gravidezes tardias”.¹⁴ Por outro lado, a maioria dos países admitem a doação de ambos, a exemplos do Brasil, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Grécia, Reino Unido, Estados Unidos etc. Ver PORTUGAL. Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional.

¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, pp. 747/753; RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, p. 50.

existência de determinados contratos na vida prática, como se dá com o contrato de doação de gametas, tido por muitos como um simples fato altruístico.¹⁶ Diante dessa dificuldade, importa colacionar os ensinamentos de Orlando Gomes: “Na prática, emprega-se a palavra contrato em acepções distintas, ora para designar o negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, ora o instrumento em que se formaliza, seja a estrutura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. Na linguagem corrente, essa sinonímia está generalizada a tal ponto que os leigos supõem não haver contrato se o acordo de vontades não estiver reduzido a escrito. O contrato, porém, tanto se celebra por esse modo como oralmente. Não é a forma escrita que o cria, mas o encontro de vontades, emitidas no propósito de construir, regular ou extinguir, entre as declarações, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua”.¹⁷

No contrato em apreço, vislumbra-se o encontro de vontades supramencionado, traduzido de um lado na pretensão de doar seus gametas e, do outro lado, no anseio do centro médico em receber esse material, a fim de utilizá-los em inseminações heterólogas. Nessa esteira, afirma-se que a relação entre o doador e o centro médico é efetivamente gerida por um contrato, conhecido como “contrato de doação de gametas”, que se destina a regulamentar as condutas desses sujeitos, gerando sérios efeitos até mesmo de responsabilidade civil, como se verá mais à frente.¹⁸

A princípio, a doutrina majoritária fala em contrato de doação. Todavia, não estamos diante de um verdadeiro contrato de doação, tal como é tradicionalmente conhecido. O que acontece é uma aplicação análoga do regime civil que disciplina o contrato de doação típico, uma vez que se reconhece algumas semelhanças entre esses tipos contratuais. Na falta de uma modalidade contratual que mais se amolde, porém tendo consciência que se trata de um contrato *sui generis*, segue-se aqui a doutrina majoritária, destacando as devidas particularidades que o diferencia daquele.¹⁹

¹⁶ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Sera Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.–jun., pp. 44–58, 2013, p. 44. Diante disso, o Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho destaca: “O contrato não se cinge ao direito patrimonial (obrigacional ou real), estendendo-se às esferas dos direitos das pessoas, da família, ou das sucessões, e mesmo ao direito público. É pois o contrato um mecanismo abstracto, *hoc sensu*, susceptível de ser utilizado com vista à produção de qualquer efeito de direito, independentemente da sua fonte ou localização sistemática”. Ver COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Contrato: evolução do conceito no direito português. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, vol. 64, pp. 233–296, 1988, p. 243.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 9-10.

¹⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos..., p. 44; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. In *Sera Jurídica*. v. 1, n.º 7, jan.–jun., pp. 14–28, 2012, pp. 15-17; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 179.

¹⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos..., p. 46. Há ordenamentos que adotam o termo “dádiva” ou “dação”, justamente por não se tratar de um contrato de doação típico. Ver RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito*

Dáí se faz oportuno adentrarmos, ainda que superficialmente, no vasto mundo dos contratos atípicos, onde a autonomia privada ganha ênfase ao ponto de possibilitar que os contratantes adequem seus interesses, de modo a celebrar contratos que representam a mistura ou mesmo a modificação de tipos contratuais celebrados na lei, tal como o contrato de doação de gametas. Este não é um contrato atípico puro, ou seja, formalizado sem se espelhar em um tipo já existente, corresponde, pois, a um contrato tendo outro como referência e que é modificado com a previsão de cláusulas que não lhe são inerentes, ultrapassando a tipicidade do contrato-base. Os doutrinadores o denominam também de contrato atípico misto ou contrato de tipo modificado.²⁰

Segundo os ensinamentos dos juristas romanos “*Dona sunt, quae nulla necessitate iuris officii, sed sponta praestantur*”, ou seja, aquilo que é doado é dado de forma voluntária, sem que para isso exista um direito ou uma obrigação que o imponha.²¹ Silvio de Salvo Venosa define o contrato de doação como: “*Doação é a transmissão voluntária de uma coisa ou de um conjunto delas que faz uma pessoa, doador, em favor de outra, donatário, sem receber nada como contraprestação*”.²²

Sabe-se que o elemento essencial que caracteriza o contrato de doação típico é a intenção de praticar uma *liberalidade*, ou seja, de dar algo a outrem sem estar obrigado a tal ato.²³ Além disso, é necessária a finalidade de transferir o domínio daquilo que se doa, sem retribuição patrimonial, pois a gratuidade é uma exigência deste tipo contratual. Por outro lado, isso não implica em desinteresse total, até porque, na prática, dificilmente se observam doações livres de qualquer interesse, seja ele social, religioso, científico,

à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014, p. 754; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, pp. 95/103; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, p. 58; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15.

²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Op. Cit.*, pp. 2/8-9/139/215/217/323. O autor explica: “*Nestes casos, as partes contratam por referência a um tipo como modelo regulativo de base, que modificam através da estipulação de cláusulas de adaptação, sendo a modificação tal que o contrato deixa de pertencer ao tipo de referência, por exceder os seus limites de elasticidade. Sempre que assim suceda, o contrato é atípico e como tal deve ser qualificado, mantendo-se no entanto a estipulação do tipo como estipulação do tipo de referência, com toda a importância que isso tem na concretização*”.

²¹ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Contrato de doação*. São Paulo: Brasilivros, 1979, p.13.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 381.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 278; PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.-mar., 2015, p. 57; SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. Cit.*, p. 13.

afetivo, emocional etc. Contudo, a motivação²⁴ do ato é indiferente para o direito, pois não macula o requisito da liberalidade.²⁵

No contrato de doação de gametas, por sua vez, também se vislumbra o requisito da liberalidade, bem como a transferência do domínio das suas células sexuais, tendo em vista que uma vez doado o material para o banco de gametas ou centro médico, o titular não possui mais poder sobre os mesmos. Por outro lado, no tocante à ausência de retribuição patrimonial, a doutrina majoritária defende a gratuidade desse tipo de doação. Contudo, o ordenamento português prevê uma espécie de retribuição aos doadores, apenas a título de compensação, o que inviabilizaria falar em compra e venda, que definitivamente é vedado pela legislação portuguesa.

Dois outros elementos constitutivos do contrato de doação típico são: a atribuição patrimonial geradora de enriquecimento e diminuição do patrimônio do doador.²⁶ Aqui, algumas ressalvas devem ser apontadas. Primeiro, porque não se vislumbra uma concreta vantagem patrimonial atribuída ao donatário, conforme postula o contrato típico de doação, tendo em vista que, como se afirmou anteriormente, o próprio objeto do contrato ora discutido é considerado “*res extra commercium*”, ao qual não se pode ser atribuído valor econômico. Todavia, não se pode desconsiderar a vantagem daquele que recebe, apenas não se trata de uma vantagem patrimonial propriamente dita. Além disso, no tocante à diminuição do patrimônio do doador, também não se vislumbra esse elemento, pois os gametas não se encaixam no conceito usual de patrimônio.

Outro ponto de destaque diz respeito aos sujeitos contratuais. Se o contrato de doação típico se perfaz entre duas pessoas, doador – donatário (que é o beneficiário), no contrato de doação de gametas, o beneficiário não se traduz no donatário desta doação, ou seja, não é o centro médico, mas sim os usufrutuários que procurarão seus serviços. Inclusive,

²⁴ A título de informação, alguns estudos realizados com doadoras de ovócitos demonstram que a motivação se volta principalmente à compensação financeira. Mas também, fala-se em razões altruísticas, como o poder de proporcionar a maternidade a outras mulheres e uma parcela que se refere a um trauma vivenciado, como perda de uma gravidez, vendo na doação de ovócitos uma compensação emocional. Ver PINTO, Hugo; CARVALHO, Ana Rita. A doação de ovócitos e o direito de família: Representações e repercussões psicológicas na gravidez. In *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, pp. 145 -155, 2010, p. 152. Na doação de sêmen, o caráter altruístico e a espera de remuneração são apontados como motivação por BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.-jun., pp. 44-58, 2013, p. 45.

²⁵ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 17; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Vol 3. Contratos em especial. Coimbra: Almedina, p. 176; GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 30-32/42; PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.-mar., 2015, p. 58; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 381.

²⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op.Cit.*, p. 175.

de acordo com a legislação portuguesa, o acesso aos gametas só pode se dar através dos centros autorizados, de forma a coibir o acesso direto entre beneficiários e doadores. Ademais, a doação *intuitu personae*, característica do contrato de doação típico, onde esta é dirigida a uma pessoa específica, não existe na doação de gametas, que é caracterizada pela indeterminação do beneficiário.²⁷

Daí se vislumbram algumas implicações e efeitos que merecem ser destacados. Inicialmente, há de se identificar dois contratos autônomos, um de “doação de gametas” e outro de “recepção de gametas”, o qual é celebrado entre o centro autorizado a ministrar técnicas de Reprodução Assistida e o beneficiário, casal ou mulher solteira. Embora sejam autônomos, estes se conectam por haver nexo entre as prestações e efeitos contratuais, que decorrem da sujeição a algumas regras, como a de confidencialidade e do anonimato. O que se observa é um condicionamento entre a prestação do primeiro, quando o doador doa seus gametas ao centro, vinculados a essa cláusula contratual, que repercute no contrato celebrado em seguida, que está adstrito ao que fora pactuado anteriormente. Em outras palavras, a totalidade dos efeitos desses contratos é singular, pois os indivíduos envolvidos (doador e receptora de gametas) têm consciência das regras que orientam aquela operação.²⁸ Tal particularidade contratual fica evidente quando a Justiça determina a quebra do anonimato, pois a decisão alcança os dois contratos e, conseqüentemente, os interesses não só do doador, como dos beneficiários da doação.

Feitas essas distinções contratuais, passa-se à análise das peculiaridades do “contrato de doação de gametas” propriamente dito.

4. Características e particularidades do contrato de doação de gametas

Vera Lúcia Raposo²⁹ sintetizou as características desse contrato da seguinte forma: Trata-se de um “*contrato gratuito, formal e secreto, só excepcionalmente revogável, celebrado entre o dador de gametas e o centro autorizado, subordinado aos requisitos usualmente exigidos pela teoria dos contratos, nomeadamente o consentimento livre e*

²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 754-755; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, p. 108; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, pp. 57/58.

²⁸ COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 138-139/188.

²⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, p.753.

esclarecido”.³⁰ Dessa forma, analisar-se-á cada característica a fim de melhor entender suas especificidades.

Há de se enfrentar e averiguar desde logo a gratuidade desse contrato. As legislações europeias, de modo geral, convergem na vedação da remuneração de doadores.

Na Espanha, a Lei que regula a Reprodução Assistida, de novembro de 1988, estabelece no Capítulo III, art. 5.º, que a doação de gametas dar-se-á através de um contrato gratuito, formal e secreto entre o doador e o centro médico autorizado.³¹

Em Portugal, a Lei n.º 32/2006 proíbe expressamente, no art. 18.º, a venda de gametas. Contudo, a Lei n.º 12/2009, veio permitir a compensação dos doadores (art. 22.º/3), cuja quantia foi posteriormente estipulada e fixada pelo Despacho n.º 5015/2011 do Ministério da Saúde.³² Essa compensação se destina a pagar as despesas tidas com os atos que a envolvam (como recolha, teste, armazenagem, cultura e transporte) ou os incômodos e desconfortos causados, nomeadamente no caso das doadoras de ovócitos, cujo procedimento é mais complexo, com a previsão de injeções com hormônios e medicamentos e posterior punção para retirada do material, razão pela qual a compensação delas ser mais elevada que a dos doadores de sêmen. Há de se pontuar ainda o caráter regenerável do esperma, em detrimento dos óvulos.³³

³⁰ Sobre o formalismo do contrato de doação típico ver GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

³¹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.-jun., pp. 44-58, 2013, p. 46.

³² A importância da fixação dessa quantia a título de compensação foi bem colocada por Daniella Aloise Borges: “*A questão é que não se sabe quais são os limites para aferir esse valor, de forma que ele realmente represente uma compensação e não acabe por se tornar uma forma de pagamento pelo material genético doado. Na tentativa de evitar desvio da lei e proteger o ser humano da exploração que qualquer contrapartida possa acarretar, o CNPMA fez em maio de 2010 uma recomendação sobre a atribuição de compensação aos dadores de células reprodutivas. Nesse sentido, a compensação de doação de ovócitos foi fixada no montante máximo de uma vez e meia o valor do Indexante dos Apoios Sociais (Lei n.º 53 – B, de 29 de dezembro), e a compensação para doação de espermatozoide no valor máximo de um décimo do valor do Indexante dos Apoios Sociais (ambos em vigor no momento da dívida), e não atribuição de qualquer compensação no caso de doação de embriões*”. Ver BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014, p. 27.

³³ BORGES, Daniella Aloise. *Op. Cit.*, p. 27; PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.-mar., 2015, p. 55; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 757-758/767-768; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, pp. 103/108-109; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, p. 59.

Na Suécia, a Lei de Inseminação Artificial n.º 1140 de 1984 também prevê a compensação do doador. No Brasil, depreende-se da Resolução CFM n.º 2.168/2017, IV,1., a vedação do caráter lucrativo e comercial da doação de gametas.³⁴

Na França, conforme a Lei de 29 de Julho de 1994, a vedação também se faz presente e decorre do caráter não patrimonial do corpo humano, o que implica na limitação da autodeterminação da pessoa que não pode vender ou comprar partes do corpo ou material biológico retirados dele, abrangendo órgãos, células, sangue, gametas e embriões.³⁵

Por outro lado, não se pode ignorar que em alguns países, como os Estados Unidos e Canadá, por exemplo, observa-se a existência de um amplo mercado bastante lucrativo,³⁶ no qual a prática comercial tem lidado com elevados valores quando se trata de gametas, nomeadamente dos óvulos. Isso se dá em decorrência dos riscos e incômodos atinentes ao procedimento para coletá-los, o que implica no fato de que poucas são as mulheres que doam seus óvulos gratuitamente. Motivo pelo qual os óvulos têm recebido valores exorbitantes. Nesse cenário, surgiu até a profissão das “produtoras de óvulos”, que atuam de maneira análoga às comerciantes.³⁷

Já se ressalta a existência de um mercado de gametas virtual, onde existem sites

³⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan. – jun., pp. 44–58, 2013, pp. 46/49; BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 24; MEDEIROS, Robson Antônio de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 505.

³⁵ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Op. Cit.*, p. 46; LENOIR, Noelle. Normativa Francesa, Europeia a Internacional em Matéria de Bioética. In *Revista de Derecho Y Genoma Humano*, n.º 1, dez, 1994, p. 81.

³⁶ Já se observa um novo comércio de material genético e de embriões criopreservados nos EUA, ou seja, essa realidade não está prometida para um futuro distante, posto que já convivemos com essa situação. Ver BORBA, Rogério. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: A fecundação in vitro. In CASTRO, Cristina Veloso de; SILVA, Mônica Neves Aguiar da (Coords.). *Biodireito e direito dos animais I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 54; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 179.

³⁷ Diante da carência de óvulos, observa-se uma prática denominada “compartilhamento de óvulos”, pela qual mulheres que procuram as clínicas de fertilização recebem abatimento do preço dos serviços contratados, em troca da disponibilização de parte dos seus óvulos. Ver BOÇON, Mariana Schafhauser. *Op. Cit.*, p. 27; PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.–mar., 2015, p. 55; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 769; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47–74, 2009, pp. 57/64; SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: reflexos no direito de família e das sucessões. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 14.

vendendo “óvulos de top model”, outro que disponibiliza “esperma de homens com elevado QI”. Nesse contexto, não se trata de um qualquer contrato de doação, mas de um contrato de compra e venda de gametas propriamente dito.³⁸

Diante do requisito da gratuidade, Vera Lúcia Raposo questiona: *“Porque têm os dadores que ser os únicos a participar altruisticamente na PMA? Porque não exigir o mesmo aos médicos e aos hospitais? [...] É mais injusto deixar os dadores de gâmetas sem qualquer remuneração (sobretudo as dadoras de óvulos, que se sujeitam a vários incómodos e riscos de saúde), quando é sabido que as clínicas cobram quantias elevadíssimas aos pacientes pelos tratamentos reprodutivo”*.³⁹ Em geral, alega-se que o preço elevadíssimo cobrado pelos centros não é decorrente do material genético utilizado, porém do serviço especializado prestado, da utilização das técnicas científicas capazes de atingir o resultado pretendido perante aqueles que buscam a reprodução medicamente assistida.⁴⁰ Inclusive, observa-se da leitura da Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal que o ordenamento português proíbe que os centros médicos confirmem um valor ao material genético que é doado e, consequentemente, utilizado ao ministrar as técnicas de PMA (art. 17.º, 1).

Ao mencionar, no capítulo anterior, que estes contratos são celebrados entre o doador e o centro autorizado, não se pretende ignorar uma situação paralela, no qual o contrato é celebrado diretamente entre o doador e o beneficiário, situação admitida em países como os EUA. E é justamente nessas situações que menos se constata a gratuidade.⁴¹ De outra parte, a mesma situação também é realizada à margem da lei, como no caso do Brasil onde, por exemplo, a prática não é regulamentada, mas se desenvolve em meio a anúncios nas redes sociais, atendendo às exigências das mulheres que não têm capital

³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 757-758/768/783; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93 -122, Bilbao, 2012, p. 109.

³⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, pp. 762-763. A despeito da importância dessa discussão, insta salientar que não se observa, de modo geral, nenhuma regulamentação dos valores cobrados pelos centros médicos, permitindo que estes estipulem a quantia que julgarem adequada. Se de um lado observamos clínicas cobrando preços exorbitantes pelas técnicas de reprodução artificial, de outro lado, estão pessoas e casais fragilizados pelos problemas reprodutivos enfrentados e que estão dispostos, em meio ao desespero e instabilidades matrimoniais, a pagarem qualquer quantia. Ver BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. In *Seara Jurídica*. v. 1, n.º 7, jan. – jun., pp. 14-28, 2012, pp. 18-19.

⁴⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gâmetas em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, p. 61. Não obstante, tenha-se presente a notícia ventilada na imprensa portuguesa de que um centro de medicina reprodutiva, que pertence ao Serviço Nacional de Saúde, estaria cobrando dos seus pacientes 350 euros pelo uso de gametas doados. Não estar-se-ia cobrando o serviço prestado, que seria oferecido de forma gratuita, seria o caso de venda de material genético propriamente dito, conforme destaca RAPOSO, Vera Lúcia. *Contratos...*, p. 94.

⁴¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, pp. 58/61.

para custear o valor cobrado pelas clínicas para a fertilização *in vitro*.⁴²

Acerca do requisito “secreto” mencionado inicialmente, ou do princípio da confidencialidade, este se traduz na obrigação de manter sigilo em relação à identidade de todos os envolvidos, doadores e receptores, bem como do próprio ato para pessoas externas ao processo.⁴³

No tocante ao consentimento, aqui já se afastou a exigência de consentimento do cônjuge (caso exista). Por outro lado, o consentimento do titular se mostra de suma importância nessas doações, sobretudo por se estar diante da transferência de material genético, ou seja, da perpetuação dos genes do doador, cuja informação genética passará de geração em geração. Em razão disso, não se admite um consentimento genérico, como se observa nos casos de doação de órgão. É preciso um consentimento explícito, dado pela pessoa ainda viva. Tal particularidade tem relevância, nomeadamente nos casos de recolha de tecido ovárico de cadáver. Ademais, o consentimento além de ser livre, deve ser esclarecido, no sentido de estar ciente e informado dos possíveis destinos dado ao seu gameta – uso reprodutivo, investigação científica ou destruição, que não dependerá do aval do doador, uma vez que os direitos sobre eles cessam no momento em que são doados.⁴⁴

Por fim, já fora afirmado que se trata de um contrato irrevogável. Uma vez dado o

⁴² A inseminação caseira, como foi denominada, cresce no Brasil. No Facebook, já se observa grupos com mais de 5 mil integrantes interessados nesse assunto. Um caso chamou a atenção, em matéria feita por tv brasileira, no qual relatava um caso de um homem que doava em sua própria casa. Segundo matéria, “*as mulheres ficam um quarto, destinado somente à prática, enquanto ele e a esposa mantêm relação sexual em outro cômodo. A esposa dele entrega o sêmen à mulher que, então, realiza a inseminação caseira. Ele costuma fazer exames clínicos uma vez por ano, para atestar que está com boa saúde*”. Ver GLOBO. *Os brasileiros que doam esperma para inseminações caseiras*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/>>. Acesso em: 23/04/2018.

⁴³ BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 32; LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos doadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5 – 42, 2010, p. 9; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009, p. 62.

No Brasil, a Resolução n.º 2.168/2017 estipula que “IV, 2. *Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa*”.

⁴⁴ ANDRADE, Denise A. Almeida de; CHAGAS, Márcias Correia. Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, pp. 705–716, 2010, pp. 712/714; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.–jun., pp. 44–58, 2013, p. 48; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 754-755/770/779; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, p. 115; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se..., pp. 56/66.

consentimento, verifica-se a impossibilidade de revogação. Isso significa que uma vez doado, o titular do material genético perde o poder sobre o destino dos seus gametas. No Brasil, a Resolução do CRM n.º 2.168/2017 não se pronuncia a respeito, diferentemente da lei espanhola, que não só prevê a irrevogabilidade em sua lei, no art. 5.º/2 da Lei n.º 14/2006, como também considera uma exceção, nos casos em que o dador necessite dos seus gametas para uso próprio, por ter sido acometido de infertilidade posterior à doação. Há quem alegue que não se trata de irrevogabilidade, porém de uma cláusula de reserva dos bens doados.⁴⁵

5. Doadores: quem pode ser e quais as exigências

Quando se discute acerca das pessoas que podem doar seus gametas, questiona-se a possibilidade dos parentes próximos o fazerem no âmbito familiar. Não se está aqui a falar de doações em linha reta, devido à sombra do incesto, mas daquelas doações colaterais entre dois irmãos, duas irmãs ou entre primos. Essa possibilidade não encontra unanimidade entre os diversos ordenamentos jurídicos, dos quais se observa que alguns se mantêm silentes, enquanto outros, como Portugal, vedam em decorrência da imposição do anonimato do doador. O Reino Unido é um dos países que reconhece a licitude dessa prática.⁴⁶

A seleção de gametas pode ser feita tanto por entidades privadas, como públicas. Ambas devem focar na qualidade do material genético.⁴⁷ No que toca às exigências, estas são de origem legal ou decorrem de ordem médico-sanitária. Na Espanha, estipula-se a idade máxima de 45 anos para o homem e ainda se requisita a plena lucidez mental e a boa condição física e psíquica para ser doador. Na Suécia, exige-se: saúde física e mental, inteligência mediana, esperma de boa qualidade, ausência de doenças, que o estado civil seja casado e que tenha prole sadia.⁴⁸ Em Portugal, a lei não determina requisitos específicos de saúde, de modo que se exige que o doador esteja em boas condições físicas

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 755/764-765; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, pp. 93-122, Bilbao, 2012, p. 115; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, pp. 47-74, 2009, p. 62.

⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, p. 782; RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, p. 70.

⁴⁷ PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.-mar., 2015, p. 57; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, p. 774; RAPOSO, Vera Lúcia. *Contratos...*, p. 112; RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, p. 68.

⁴⁸ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.-jun., pp. 44-58, 2013, p. 47.

e mentais.⁴⁹ No Brasil, a Resolução CFM n.º 2.168/2017 estipula uma idade máxima a ser observada para os doadores, 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.⁵⁰

No tocante ao procedimento, o sêmen coletado é submetido a uma quarentena de 6 meses, durante a qual o doador estará sujeito a diversos tipos de exames para aferir o seu estado de saúde. Existe uma lista limitada de exames a serem executados, a fim de rastrear doenças graves e aquelas mais comuns.⁵¹

Em que pese toda essa cautela tida pelos centros médicos, ainda assim questiona-se acerca da responsabilidade por deficiências dos gametas. Nessa esteira, há de se diferenciar algumas situações, nomeadamente no tocante à responsabilidade do doador, da clínica de inseminação e do banco de gametas. Quanto ao doador, uma vez provado que ele era portador de determinada doença e não comunicou à equipe médica, deve ser responsabilizado por ter atuado de má-fé e de forma ilícita, além de poder ser acusado criminalmente. Estando diante da regra do anonimato em determinado ordenamento jurídico e verificada essa situação, Vera Lúcia Raposo defende que a regra deve ser quebrada.⁵² De outra face, as clínicas e os bancos também podem ser responsabilizados civilmente e até penalmente, uma vez verificado os pressupostos do ilícito-típico, pelo mal controle dos gametas utilizados, bem como pelos erros cometidos na sua classificação.⁵³

6. Algumas notas acerca do anonimato dos doadores nos diversos países

Por detrás da regra do anonimato oculta-se diversos segredos: primeiro, daqueles que buscam a doação de gametas para resolver problemas de infertilidade ou afastar doença hereditária grave, que, por razões pessoais e sociais, não querem que isso seja exposto; segundo, daqueles que doam, que não tem nenhuma intenção de divulgar essa prática;

⁴⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, pp. 776.

⁵⁰ BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, pp. 25/39; MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 505.

⁵¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 765/772; RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93-122, Bilbao, 2012, p. 112; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, p. 63.

⁵² RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, pp. 773-774; RAPOSO, Vera Lúcia. *Vende-se...*, p. 67.

⁵³ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito...*, pp. 773-774; RAPOSO, Vera Lúcia. *Contratos...*, p. 111.

e, por fim, o segredo no intuito de afastar o doador da vida da criança que será gerada.⁵⁴

A defesa dessa regra não é unânime, trazendo à baila outras discussões também relevantes, como a questão do risco de uniões consanguíneas, tendo em vista que, não raramente, um doador pode ser progenitor biológico de várias crianças⁵⁵ que não sabem sua origem genética e podem, porventura, ter filhos com alguém originado pelo mesmo doador. Essa é uma preocupação real que vem sendo bastante debatida pelos diversos ordenamentos jurídicos, que tem apontado como solução, dentre outras, a diminuição do número de doações feitas por doador,⁵⁶ bem como o fim do anonimato.⁵⁷ Esse problema, além de jurídico, é também moral, e merece ser tratado com cautela sob a égide dos valores e princípios que norteiam cada sociedade. Alguns ainda alertam a necessidade de se enxergar essa questão sob a ótica da saúde pública, pois os casamentos

⁵⁴ MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 340.

⁵⁵ Um “mau” exemplo dessa problemática se deu na Holanda. Foi constatado que um holandês doou sêmen ilegalmente em 11 centros de fertilidade, no decorrer de uma década, gerando 102 crianças, o que fez ascender o debate acerca da necessidade de criar um registro nacional de doadores de forma a evitar essas situações. A legislação holandesa permite a doação de 25 vezes na mesma clínica, mas não exige o registro dos doadores, de modo a impossibilitar fraudes como a mencionada. Ver EL PAÍS. *Um único doador de sêmen com mais de 100 filhos assombra a Holanda*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/>>. Acesso em: 23/04/2018. É justamente por essa realidade que se legitima a preocupação com o controle do material genético doado, posto não haver um controle eficaz sobre a quantidade de vezes que o material genético de cada doador é utilizado. Essa preocupação decorre da necessidade de se evitar os impedimentos matrimoniais. Ver SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: reflexos no direito de família e das sucessões. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 14.

⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47–74, 2009, p. 49. Nesse sentido: “É verdade que diversas legislações restringem a utilização de sêmen do mesmo doador por determinada área como um meio de evitar o incesto, mesmo assim tal perigo ainda existe nas comunidades pequenas. Apenas para servir como exemplo, a Suécia e a Espanha estabeleceram um limite máximo de seis fertilizações”. No Brasil, embora o assunto não esteja regulado por lei, dispõe por meio de Resolução (n.º 2.168/2017, atualmente em vigor) que, “Na região de localização da unidade, o registro de nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes”. Ver MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 186; SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Op. Cit.*, p. 13. Sobre este assunto ainda, BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.–jun., pp. 44–58, 2013, p. 51.

⁵⁷ O fim do anonimato levanta questões que se traduzem na preocupação da redução do número de doadores. Muitos apontam que isso implicará na diminuição do número de beneficiados com o uso da técnica de reprodução heteróloga, com o aumento das filas de espera e o aumento do sofrimento psicológico daqueles que anseiam pela chegada do seu tão esperado filho. Menciona-se, inclusive, diante da experiência de alguns países europeus que derrubaram a regra do anonimato, o “fenômeno do movimento transnacional denominado *Cross-Border Reproductive Care*”. Ver MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. *Op. Cit.*, p. 348. Como não podemos ter certeza dos efeitos que o fim do anonimato pode acarretar no que toca ao número de doadores, concordamos com o apontamento feito por Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras: “Cremos, efetivamente, que seja possível que esta abolição acarrete a mudança do perfil do dador, em função dos constrangimentos que uma tal doação pode provocar a esse sujeito”. Ver CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 53.

consanguíneos podem implicar no aumento do número de crianças geradas com malformações e anomalias.⁵⁸

Ademais, a questão do anonimato também suscita bastante polêmica frente ao conflito de diferentes direitos fundamentais, a saber, o direito à identidade pessoal, do qual decorre o direito ao conhecimento da ascendência genética daquele nascido através de técnicas de reprodução assistida e, de outra face, o direito à privacidade. Esse embate tem sido resolvido de forma heterogênea pelos diversos ordenamentos jurídicos.⁵⁹

Há os países que preveem o anonimato dos doadores em suas leis de procriação assistida, privilegiando o direito à privacidade daquele que doa, como Portugal (Lei 32/2006), Espanha (Ley 14/2006)⁶⁰, França (*Code de la santé publique*), Eslovênia, Dinamarca, Grécia, Bélgica⁶¹ e o Brasil⁶² (ainda que por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina).

Alguns autores portugueses, contudo, apontam e defendem a inconstitucionalidade do art. 15.º da LPMA que consagra a regra do anonimato, alegando que o direito de conhecer sua origem genética se encaixa no direito à identidade que, por sua vez, é um direito personalíssimo.⁶³ Há os que defendem que o anonimato previsto no contrato entre o

⁵⁸ MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 511.

⁵⁹ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan.-jun., pp. 44-58, 2013, pp. 51-53; STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 102; PORTUGAL. Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional.

⁶⁰ A Espanha, contudo, permite o conhecimento das informações genéticas do doador, tal como no ordenamento português. No que toca à identidade do doador “*sólo excepcionalmente, em circunstancias extraordinárias que comporten um peligro certo para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto*”.

⁶¹ LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos doadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5-42, 2010, pp. 10/24; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 191; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 795; SANTOS, Patricia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Leticia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César. (Coords.) *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 396; STANZIONE, Maria Gabriella. *Op. Cit.*, p. 103.

⁶² No Brasil, ainda que a regra do anonimato esteja apontada na resolução do Conselho Federal de Medicina, já se observa um grande número de ações nos Tribunais pleiteando o direito a conhecer sua origem genética. Algumas observações são importantes: “*O juízo competente não é da vara de família, e sim do civil, pois, como visto, a ação visa a declaração de um vínculo genético, sem, contudo, estabelecer qualquer ligação de parentesco. E o sujeito passivo é aquele que detém as informações sobre o doador, no caso, o banco de sêmen*”. Ver MOURA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 188.

⁶³ CAMPOS, Diogo Leite de. *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*. Separata da obra Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2008, p. 83;

doador e o centro não pode ter efeitos perante a criança que vai nascer, sob a égide do princípio da relatividade dos efeitos contratuais.⁶⁴ Outros, por outro lado, são adeptos de uma solução que equilibre os direitos conflitantes, na defesa da paz familiar. Em outras palavras, são contrários ao caráter absoluto do direito ao conhecimento das origens genéticas, de modo a defender que o acesso ao seu patrimônio genético, sem revelação da identidade do dador, atende à interpretação deste direito.⁶⁵ Nesse ponto, concordamos com a corrente que defende o caráter não absoluto e a interpretação menos ampla dada ao direito do conhecimento das origens genéticas, considerando que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados.⁶⁶

Ainda que não se pretenda aqui seguir de forma a ponderar os argumentos levantados nessa discussão, sob um enfoque de colisão de direitos fundamentais, nem discutir qual seria o melhor interesse da criança, posto que esse debate se afasta do enfoque contratual deste trabalho, deixa-se a nota dessa colisão sem, contudo, desenvolvê-la.

No tocante à (in)constitucionalidade do art. 15 da LPMA, o Tribunal Constitucional português teve a oportunidade de se pronunciar no acórdão n.º 101/2009, defendendo que o direito de conhecimento das origens genéticas deve conviver com outros direitos e valores que permeiam a sociedade e o ordenamento jurídico pátrio, de modo que “*não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família*”. Ademais, destaca que o ordenamento português não aderiu ao anonimato absoluto e definitivo, optando por uma postura mais conciliadora entre os interesses em questão, ao prever expressamente as exceções a essa regra. São elas: para obter informações de natureza genética e eventuais impedimentos matrimoniais junto ao CNPMA, sem desvendar a identidade civil do doador; e, por fim, a previsão de quebra

DUARTE, Tiago. In *Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 44-48; LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos dadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5-42, 2010, pp. 38/42; OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 71/73. No Brasil, também encontramos esse posicionamento em ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcias Correia. Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, pp. 705-716, 2010, p. 711.

⁶⁴ MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 187.

⁶⁵ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 41; OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da procriação medicamente assistida*. In *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, 2005, p. 18.

⁶⁶ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 48.

efetiva do anonimato por motivos ponderosos⁶⁷ reconhecidos em sentença judicial. Além do mais, essa regra tende a ser excepcionada quando se trate da saúde daquele originado por PMA, no caso de transplante de material genético de difícil compatibilidade. Aqui, o direito à privacidade cede em face do direito à saúde ou mesmo do direito à vida.⁶⁸

No Brasil, reconhece-se que a regra do anonimato não tem caráter absoluto, podendo ser excepcionada por razões de ordem médica, conforme se depreende da leitura do artigo IV, 4., da Resolução n.º 2.168/2017. Contudo, deve ser resguardada a identidade civil do doador, de modo que as informações sobre os doadores sejam fornecidas exclusivamente ao médico.⁶⁹ Ademais, destaca-se que “as clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, bem como, na região de localização da unidade clínica, um registro dos nascimentos que evitará que um doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes”.⁷⁰

Em Portugal, os dados referentes à PMA são mantidos nos centros de procriação medicamente assistida por 30 anos, contados da sua utilização clínica. Enquanto que o

⁶⁷ SILVA, Susana. Direito, genética e família: o caso da doação de gametas em Portugal. In SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coords.). *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*. Porto: U. Porto Editorial, 2009, p. 88. O Doutor João Carlos Loureiro afirma “*Razões ponderosas serão, seguramente, o conhecimento para fins de tutela de saúde*”. Ver LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos dadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5–42, 2010, p. 37.

⁶⁸ BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, pp. 32/39; CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gametas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, pp. 41/49-50; LOUREIRO, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 37; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 812. No Brasil, também se defende a possibilidade, excepcionalmente, de se revelar algumas informações do doador, que não a identidade civil, desde que por razões médicas, conforme diretrizes da Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Ver MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 184.

⁶⁹ BOÇON, Mariana Schafhauser. *Op. Cit.*, pp. 26/39; MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 337; MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 510; SANTOS, Patricia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César. (Coords.) *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, pp. 394-395.

⁷⁰ BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 26.

tempo de conservação do registro dos respectivos beneficiários, doadores e crianças nascidas contidos no CNPMA, encontra-se previsto no Decreto Regulamentar n.º 6/2016, pelo qual se estipula o prazo de 75 anos.⁷¹ No que toca à limitação de doação por doadores, esta não se encontra legalmente instituída. Todavia, depreende-se do Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional⁷² que “*é aconselhável que cada dador masculino não possa dar origem a mais de oito gravidezes de termo*” e “*cada dador feminino não possa efectuar mais de três dádivas ao longo da vida independentemente da doação resultar ou não em gravidez*”, conforme os requisitos e parâmetros de funcionamento dos Centros de Procriação Medicamente Assistida.

Por outro lado, há ordenamentos que consagram o direito da criança ter acesso a dados do doador que a originou. Dentro dessa categoria, existem países com legislações nesse sentido, como a Suécia, Áustria, Austrália, Noruega, Reino Unido, Países Baixos, Finlândia, Nova Zelândia, Suíça, e aqueles que defendem esse posicionamento em sua jurisprudência, caso da Alemanha.⁷³

A Suécia (art. 4.º da Lei n.º 1.140 de 1985) destaca-se como pioneira, pois foi o primeiro ordenamento jurídico a proibir o anonimato do doador, garantindo à criança o direito de ter acesso às informações sobre a identidade do doador, quando encontrar-se “suficientemente madura” para essa revelação.⁷⁴

A Lei sobre Medicina da Reprodução da Áustria (Lei de 1 de julho de 1992) possibilita a criança conhecer a identidade do doador ao completar quatorze anos.⁷⁵

⁷¹ BOÇON, Mariana Schafhauser. *Op. Cit.*, p. 33; LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos doadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5–42, 2010, p. 39.

⁷² PORTUGAL. Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional.

⁷³ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, pp. 29-30/37; LOUREIRO, João Carlos. *Op. Cit.*, pp. 23/25; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 794. Para mais informações sobre a jurisprudência alemã ver SANTOS, Patrícia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César. (Coords.) *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, pp. 396-397; STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, pp. 97/103.

⁷⁴ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 36; LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos doadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5–42, 2010, p. 23; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 191.

⁷⁵ LOUREIRO, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 23; MOURA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 190.

A Suíça consagrou o direito à informação genética na sua Constituição (n.º 2 do art. 119.º), garantindo, por meio da sua lei federal sobre PMA (de 18 de dezembro de 1998), a possibilidade de a criança conhecer a identidade do doador ao atingir a maioridade.⁷⁶

No ordenamento alemão, destacam-se dois relatórios que discutem a importância de a criança vir a descobrir a identidade do doador, nos quais se advoga que a regra do anonimato é incompatível com a Lei Fundamental do país.⁷⁷

O Reino Unido, em 2005, passou a reconhecer o direito da criança nascida por reprodução heteróloga ter acesso à identidade do doador ao atingir a maioridade. Esse posicionamento foi fruto de uma consulta pública que resultou na Lei “*Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*”. A lei, por sua vez, não teve efeitos retroativos, de modo que só foi possível o acesso à identidade do doador para as doações feitas após 31 de março de 2005.⁷⁸

Trajetória parecida deu-se na Holanda, onde inicialmente também se consagrava o anonimato, que foi abolido em 2004, quando foi permitido àquele nascido a partir de técnicas de reprodução medicamente assistida, ao completar 16 anos, ter acesso aos dados que identificasse o doador que lhe deu origem.⁷⁹

Há de se destacar o caso da Itália que, até meados de 2014, proibia a reprodução humana assistida, prevendo sanções administrativas para os médicos que a realizavam, como a suspensão do exercício da profissão de 1 a 3 anos. Contudo, em 2014, o Tribunal Constitucional protagonizou uma mudança decisiva nesse âmbito, ao derrubar essa proibição.⁸⁰

Diante desse cenário plural, já se observa um verdadeiro turismo biomédico, representado pelos deslocamentos além fronteiras por parte daqueles que procuram

⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 794.

⁷⁷ MOURA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 189.

⁷⁸ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 37; MOURA, Carolina. *Op. Cit.*, p. 190.

⁷⁹ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 37.

⁸⁰ STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 102; IVONE, Vitulía. Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, pp. 189/199.

países que consagram o anonimato como véu para encobrir os segredos referidos no início desse capítulo, sejam beneficiários ou doadores, de forma a contornar as limitações impostas pelo ordenamento pátrio.⁸¹ Entretanto, o entendimento de que a criança gerada por técnicas de reprodução assistida tem o direito de conhecer as suas origens e que essa revelação é positiva para o desenvolvimento dela tem cada vez mais adeptos e parece ser a tendência a se seguir sucessivamente pelos ordenamentos jurídicos.⁸²

Seja qual for o posicionamento adotado, uma questão deve ser observada: a solução dada para o caso das crianças nascidas a partir das técnicas de reprodução assistida heteróloga deve ser congruente, conforme o princípio da igualdade que rege os ordenamentos, no sentido de concordar com o caso das crianças adotadas.⁸³ Em outras palavras, “*não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer a sua origem genética*”⁸⁴.

Ademais, há de se destacar que reconhecer o direito de a criança conhecer suas origens genéticas não implica em efeitos no âmbito patrimonial e econômico do doador, tendo em vista que não se vincula à ideia de alimentos, tampouco à herança. Não se confunde o direito à origem genética com o estado de filiação, pois o que se busca não é o reconhecimento da paternidade.⁸⁵

⁸¹ LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos dadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5 – 42, 2010, p. 25.

⁸² CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 44; MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 332; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 189; PINTO, Hugo; CARVALHO, Ana Rita. A doação de ovócitos e o direito de família: Representações e repercussões psicológicas na gravidez. In *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, p. 145 -155, 2010, p. 149; STANZIONE, Maria Gabriella. *Op. Cit.*, p. 103. Já se observa em França que, atualmente, consagra a regra do anonimato absoluto, uma tendência para amenizá-la. Encontramos na dissertação de Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras a menção “*O Conseil d’Etat recomenda mesmo que na próxima revisão legislativa se rompa com o anonimato estabelecido, não de forma absoluta, mas que pelo menos, se prevejam algumas formas de levantamento do anonimato, se, por exemplo, o dador o consentir*”. Ver CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 38.

⁸³ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 35. Aqueles que defendem e postulam o direito de conhecer suas origens genéticas no Brasil adotam, entre outros fundamentos, a aplicação analógica da regra do art. 48 da Lei n.º 8.069/90, que afirma que “*o adotado tem direito a conhecer sua origem biológica, após completar 18 anos*”. Ver MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. *Op. Cit.*, p. 344. Diferente é a situação de Portugal, onde o anonimato também se aplica no âmbito do regime da adoção, demonstrando, ao menos, uma coerência legislativa. Ver CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, p. 7.

⁸⁴ MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. *Op. Cit.*, p. 344.

⁸⁵ BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem*: quadro geral e implicações sucessórias. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014, p. 29; LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos dadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5–42, 2010, p. 33; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, pp. 187-188.

7. As implicações da reprodução assistida heteróloga no instituto da filiação

De antemão, a proposta aqui não se atém à análise acerca de qual seria o melhor interesse da criança e se este estaria sendo atendido diante da regra do anonimato. Antes, importa aferir os delineamentos que orientam a filiação no sistema jurídico, sobretudo nos casos em que se recorre às técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. Para tanto, há de se diferenciar a filiação natural e biológica, da sócio-afetiva.⁸⁶

A verdade biológica sempre orientou a determinação da filiação. De modo que se consagrou no Código Civil Português que pai e mãe seriam aqueles cujo espermatozoide fecundou o óvulo da mulher e aquela que carregou o filho na sua barriga, respectivamente.⁸⁷ Contudo, diante da evolução das técnicas de reprodução medicamente assistida, esse critério passou a ser insuficiente e, por vezes, inadequado, como nos casos que envolvem a doação de gametas ou até na discussão que envolve a gestação de substituição. O critério biológico continua a ser a regra, mas, diante das novas relações familiares oriundas da sociedade contemporânea, esse critério passa a acatar algumas exceções, legitimando outras verdades, nomeadamente a que se funda na relação afetiva. A doutrina já fala em “pluralismo de verdades”,⁸⁸ reconhecidas pelo ordenamento português como fundamento para a realização do projeto parental, que se assenta na “verdade de intenção”.⁸⁹

Não se tem conhecimento de nenhum ordenamento jurídico que confira aos doadores a paternidade/maternidade das crianças geradas por inseminação heterônoma. Assim, não há hipótese de serem responsabilizados pelo sustento e cuidado da criança gerada com o seu material genético, ainda que sua identidade eventualmente seja desvendada. Há um senso comum que permeia diversos ordenamentos jurídicos de rejeitar qualquer

⁸⁶ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 5.

⁸⁷ PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, pp. 151-152.

⁸⁸ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *Op. Cit.*, pp. 20-21; PEREIRA, André Gonçalo Dias. Filhos de pai anónimo no século XXI. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 43; Nesse contexto, Maria Gabriella Stanzione pondera: “*It seems impossible, for this reason, to determine a priori the best interest of the child by virtue of the principle of ‘truth at any cost’, since one can wonder: which truth?*” Ver STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 105.

⁸⁹ PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, pp. 153/156.

laço entre o doador e a criança, seja jurídico, emocional ou social.⁹⁰

Perante o contexto da reprodução assistida, destaca-se a falta de intenção daquele que doa seus gametas em se tornar pai ou mãe, ou seja, não há vontade procriacional no seu ato. Logo, não há como recorrer-se ao critério biológico, de modo a impor responsabilidades jurídicas paternais a alguém que apenas doou seus gametas.⁹¹ Diante disso, fala-se em um novo tipo de filiação, a “filiação jurídica”, que se funda em três elementos, a saber: a posse de estado da criança, a convivência social desenvolvida com ela e, por fim, o desejo de ter um filho, que se liga ao conceito de paternidade responsável.⁹² Esse vínculo de filiação, portanto, deverá ser atribuído a quem teve um papel crucial na formação do novo ser e, não pela sua contribuição genética, mas pela decisão e consentimento esclarecido dado no processo que gerou a procriação medicamente assistida.⁹³

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira⁹⁴, ao tratar da filiação no contexto da reprodução assistida, destacam que aquela é baseada no consentimento, tendo em vista que a LPMA prevê vínculos jurídicos que se originam não do fundamento biológico, mas sim no consentimento dado para emprego das técnicas de PMA. Pontuam ainda que essa relação familiar é concebida pela lei como um vínculo de filiação e paternidade.

A filiação jurídica que se contrapõe à simples e natural “filiação biológica”, compreende a complexidade da vida, somando o afeto à autonomia da vontade traduzida no

⁹⁰ MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, p. 182; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 778/795-796/840; RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47-74, 2009, p. 69; SANTOS, Patricia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 393.

⁹¹ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 22; PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de Família e das Sucessões*, II vol., 2. ed., AAFDL, Lisboa, 2006, p. 140.

⁹² A paternidade responsável configura-se na responsabilidade assumida dos deveres parentais, em outras palavras, dos deveres de cuidado na formação da personalidade do filho, do ser presente. Ver HAAB, Tuiskon Bejarano. Reprodução humana assistida: Possibilidade e limitações segundo os direitos humanos e a constituição brasileira. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 210; RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução humana assistida à luz da teoria do fato jurídico. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 194.

⁹³ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de Família e das Sucessões*, II vol., 2. ed., AAFDL, Lisboa, 2006, p. 140.

⁹⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. 1. Introdução Direito Matrimonial. 5. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 111.

contrato⁹⁵, que resulta na conhecida filiação afetivo-social. Atualmente, diante da nova concepção de família, tem-se valorizado a ligação afetiva, sobrepondo-a ao liame biológico, ou seja, a verdade biológica cedendo espaço à verdade afetiva.⁹⁶

Luiz Edson Fachin⁹⁷ ao abordar o tema paternidade, entre a relação biológica e afetiva, destaca que esta, antes de ser um fato da natureza, decorrente da concepção puramente biológica, é um fato cultural que extrapola o laço sanguíneo. É justamente diante dessa construção cultural que os ordenamentos jurídicos, de modo geral, determinam que a filiação deverá ser conferida àquele que deu consentimento para que a inseminação fosse efetivada.

O desejo de ser pai foi intensamente valorizado pelo ordenamento, ao passo que, em detrimento dos laços biológicos, consagrou a impossibilidade daquele que havia dado o consentimento se arrepender posteriormente, na tentativa de se evadir de quaisquer responsabilidades perante a criança. Tal conduta, arrepender-se do consentimento dado, além de afrontar o princípio do “*venire contra factum proprium*”, representa rejeitar uma paternidade, o que não é tolerado.⁹⁸

⁹⁵ Fala-se no reconhecimento de “filhos convencionais ou negociais” por decorrerem da declaração da vontade coberta pelo Direito. Ver PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 167.

⁹⁶ ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcias Correia. Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, pp. 705–716, 2010, p. 713; BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014, p. 25; CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas-Forenses policopiada. Coimbra, 2015, p. 22; MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 345/346; MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 500/503; MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006, pp. 180/182; RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 835; RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução humana assistida à luz da teoria do fato jurídico. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 194; SANTOS, Patricia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César. (Coords.) *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 395; STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017, p. 93.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 186.

⁹⁸ CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídicas- Forenses policopiada. Coimbra, 2015, pp. 20-21.

8. Conclusão

Em virtude de todas as considerações feitas acerca das características, efeitos e implicações desse tipo contratual *sui generis*, alguns pontos merecem ser destacados, a fim de assinalar o que há de mais relevante no entendimento das problemáticas a ele atinentes. Para tanto, optou-se por trazer as conclusões na forma dos tópicos que seguem:

a) Abordar o contrato de doação de gametas implica, primeiramente, investigar se em determinado ordenamento jurídico esse tipo de material biológico pode figurar como objeto contratual. Conforme a extensa pesquisa realizada, a maioria dos países admitem a doação de gametas masculino e feminino, a exemplo do Brasil, Estados Unidos, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Grécia, Reino Unido e outros. Por outro lado, países como a Alemanha, Áustria, Suíça e Noruega não aprovam a doação de ovócitos, permitindo apenas a doação de sêmen.

b) Trata-se de um contrato *sui generis* que figura no universo dos contratos atípicos, tendo o contrato de doação como referência, por se reconhecer algumas semelhanças, como a intenção de praticar uma liberalidade e a transferência do domínio daquilo que se doa. Afirma-se que se trata de um contrato de tipo modificado, ao se observar que outros elementos constitutivos do contrato-base não são atendidos, como a atribuição patrimonial geradora de enriquecimento, a diminuição do patrimônio do doador e a doação *intuitu personae*, tendo em vista que a doação de gametas é caracterizada pela indeterminação do beneficiário.

c) Este contrato é formal, com a exigência de um consentimento explícito, livre e esclarecido. Além de ser celebrado sobre o princípio da confidencialidade.

d) Acerca da gratuidade da doação, observa-se no âmbito europeu uma tendência concreta de se proibir a compra e venda de óvulos e sêmen, ou de permitir um pagamento que ultrapasse a simples compensação. Esse posicionamento encontra-se consagrado tanto em resolução e directiva, a nível comunitário, como na legislação interna dos países, a exemplo de Portugal, na LPMA. Isso porque, em sua maioria, os ordenamentos jurídicos defendem que os gametas figuram como “*res extra commercium*”, ou seja, a eles não se pode atribuir valor econômico.

e) Todavia, não podemos fechar os olhos e ser indiferentes com a realidade da venda de gametas. Esta é uma prática observada em muitos países e, por vezes, feita à margem da lei. As consequências advindas desse comércio merecem ser consideradas a nível jurídico e social, sobretudo diante do turismo biomédico existente. Não se sabe ao certo como os ordenamentos jurídicos pretendem lidar com essa delicada questão, mas algo há de ser feito, pois a vedação tem sido insuficiente para impedir essa comercialização que atenta contra a lei, a ordem pública e os bons costumes.

f) Vive-se um momento de banalização, coisificação e precificação, ditados por um mercado sempre aberto a novas mercadorias e a novas formas de ganhar dinheiro. Essa tendência é deveras prejudicial, pois o ser humano está cada vez mais focado em tirar vantagens econômicas de tudo, inclusive do seu corpo e sua função reprodutora, que está se equiparando a mercadoria. Com isso, importa-se cada vez menos com a essência, sobretudo daquilo que lhe é mais caro e valioso, a sua dignidade. Por essa razão, defende-se que os contratos em torno desse material biológico girem em torno do contrato de doação, repudiando a possibilidade de compra e venda.

g) Um outro ponto polêmico no debate em torno da doação de gametas refere-se ao anonimato dos doadores. Nesse contexto, conforme fora exposto, depreende-se que os ordenamentos jurídicos se encontram polarizados entre aqueles que consagram o anonimato dos doadores, dentre os quais encontra-se Portugal, por exemplo e, de outro lado, os países que reconheceram e consagraram o direito da criança conhecer suas origens genéticas, a exemplo da Suécia, Áustria, Reino Unido, Holanda, entre outros.

h) A regra do anonimato que rege o contrato de doação de gametas implica em um importante efeito contratual, qual seja, vincula o próximo contrato na cadeia – o de recepção de gametas – que, embora seja autônomo, fica condicionado a esta regra por haver nexos entre as prestações.

i) A posição adotada pelo ordenamento português frente à colisão dos diversos interesses em questão, do dador, dos pais e da criança, parece-me ser a mais adequada, de modo a preservar a identidade do doador, excepcionando-a quando o que se está em jogo é a saúde e a vida daquele gerado através de PMA. O anonimato, via de regra, se justifica, a nosso ver, sobretudo diante da ausência de vontade procriacional daquele que doa, em contraponto ao projeto daqueles que desejam um filho e recorrem à doação de gametas.

j) A nosso ver, em que pese o anonimato mitigado, tal como adotado pelo ordenamento português, seja a solução mais adequada, entendemos que deve haver uma congruência jurídica por parte dos ordenamentos, baseada no princípio da igualdade. Em outras palavras, a solução dada para o caso das crianças nascidas a partir das técnicas de reprodução assistida heteróloga deve ser congruente com o caso das crianças adotadas, no tocante ao direito do conhecimento das suas origens genéticas. Em Portugal, a regra do anonimato também se aplica no âmbito da adoção, o que demonstra uma coerência legislativa que não ocorre, por exemplo, no ordenamento brasileiro.

l) Se o critério biológico sempre norteou o instituto da filiação, atualmente, em um contexto de desenvolvimento das técnicas de reprodução medicamente assistida, aquele passou a ser insuficiente. Vive-se um momento no qual o próprio conceito de laços familiares se modificou e acabou por ultrapassar a questão sanguínea, passando a abranger os laços afetivos desenvolvidos no seio familiar. Diante desse novo contexto, amplamente reconhecido pelos ordenamentos jurídicos, é que não se vislumbra a atribuição da filiação das crianças nascidas por inseminação heterônoma aos doadores de gametas, cuja papel se resume no auxílio à constituição da família, sem ter a intenção de dela participar ou interferir

Referências

ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcias Correia. Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, pp. 705 – 716, 2010.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. In *Seara Jurídica*, v.1, n.º 9, jan. – jun., pp. 44–58, 2013.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. In *Seara Jurídica*. V. 1, n.º 7, jan. – jun., pp. 14–28, 2012.

BOÇON, Mariana Schafhauser. A regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal. In RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; POZZETTI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

BORBA, Rogério. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: A fecundação in vitro. In Castro, Cristina Veloso de; SILVA, Mônica Neves Aguiar da (Coords.). *Biodireito e direito dos animais I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

BORGES, Daniella Aloise. *O regime jurídico da procriação medicamente assistida post mortem: quadro geral e implicações sucessórias*. Tese de Mestrado policopiada, Coimbra, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito*. Separata da obra Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2008.

- CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha. *O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas*. Dissertação de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses policopiada. Coimbra, 2015.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Contrato: evolução do conceito no direito português. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, vol. 64, pp. 233–296, 1988.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol 1. Introdução Direito Matrimonial. 5. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra, Almedina, 2003.
- EL PAÍS. *Um único doador de sêmen com mais de 100 filhos assombra a Holanda*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/>>. Acesso em: 23/04/2018.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GLOBO. *Os brasileiros que doam espermatozoides para inseminações caseiras*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/>>. Acesso em: 23/04/2018.
- HAAB, Tuiskon Bejarano. Reprodução humana assistida: Possibilidade e limitações segundo os direitos humanos e a constituição brasileira. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- IVONE, Vitulia. Perfis atuais da saúde reprodutiva na Itália, entre proibições legislativas e julgamentos jurisprudenciais. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Vol 3. Contratos em especial. Coimbra: Almedina.
- LENOIR, Noelle. Normativa Francesa, Europeia e Internacional em Matéria de Bioética. In *Revista de Derecho Y Genoma Humano*, n.º 1, dez, 1994.
- LOUREIRO, João Carlos. “O nosso pai é o dador n.º XXX”: A questão do anonimato dos dadores de gametas na procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 13, pp. 5 – 42, 2010.
- MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de; ARAUJO, Litiane Mottamarins. Novos frascos, velhas fragrâncias: Uma reflexão sobre o princípio do anonimato na reprodução humana assistida com doadores. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; SOUSA, Simone Letícia Severo e (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: Contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In FREITAS, Riva Sobrado de; OLIVEIRA, Liziane Paixão SILVA; SOUSA, Simone Letícia Severo (Coords.). *Biodireito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- MOURA, Carolina. O anonimato do doador de sêmen e o direito à origem genética. In *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, vol. 6, pp. 177-193, Porto Alegre, 2006.
- NUNES, Ruy. A liberdade ética da pessoa humana. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017.
- OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da procriação medicamente assistida. In *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, 2005.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PASSOS, Marianna Gazal; PITHAN, Livia Haygert. A doação compartilhada de óvulos no Brasil sob o enfoque do Direito e da Bioética. In *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, jan.–mar., 2015.

PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Filhos de pai anónimo no século XXI. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de Família e das Sucessões*, II vol., 2.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2006.

PINTO, Hugo; CARVALHO, Ana Rita. A doação de ovócitos e o direito de família: Representações e repercussões psicológicas na gravidez. In *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, p. 145 -155, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota/ MONTEIRO, António Pinto/ PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2005.

PORTUGAL. Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional.

RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. Contratos de donación de gametos: ¿Regalo de vida o venta de material genético? *Revista de Derecho y genoma humano*, n.º 37, pp. 93 -122, Bilbao, 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia. Vende-se gameta em bom estado de conservação (O “obscuro” mercado das células reprodutivas), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 6, n.º 12, pp. 47 – 74, 2009.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução humana assistida à luz da teoria do fato jurídico. In BELLINETTI, Luiz Fernando; BOAS, Regina Vera Villas (Coords.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Contrato de doação*. São Paulo: Brasilivros Editora e Distribuidora LTDA, 1979.

SANTOS, Patricia Farias dos. A reprodução assistida heteróloga, aspectos jurídicos e a controvérsia jurídica em relação a identidade do doador. In ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; POZZETTI, Valmir César. (Coords.) *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Controle do material genético doado e destino dos embriões excedentários na reprodução assistida: reflexos no direito de família e das sucessões. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017.

STANZIONE, Maria Gabriella. Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respetivas origens numa perspectiva comparada. In NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira (Coords.). *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: U. Porto, 2017.

SILVA, Susana. Direito, genética e família: o caso da doação de gametas em Portugal. In SILVA, Susana; VELOSO, Luísa (Coords.). *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*. Porto: U. Porto Editorial, 2009.

UOL. *Gigante do comércio chinês paga até US\$ 800 por doação de esperma*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 23/04/2018.

USA. Hecht v. Superior Court 20 Cal. Rptr. 2d 275 (CT. App. 1993).

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. – 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

civilistica.com

Recebido em: 29.2.2020

Aprovado em:

14.4.2021 (1º parecer)

22.4.2021 (2º parecer)

Como citar: SANTOS, Vanessa Audrey Alves Cardoso. Contrato de doação de gametas: um estudo sobre suas nuances contratuais e suas implicações nas relações jurídico-familiares de filiação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/contrato-de-doacao-de-gametas/>>. Data de acesso.