

Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS (*)

RESUMO: Invalidez do negócio jurídico de comercialização de células reprodutivas humanas (óvulos e espermatozoides). Tutela constitucional da saúde, condições e requisitos para remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas (art. 199, § 4º da Constituição Federal). Correlação do tema com a proteção do direito à vida (art. 5º, *caput*), dignidade humana (art. 1º, inciso III) e saúde (art. 196) (normas constitucionais), bem como com a Lei 9.434/97, art. 1º (normas infra-constitucionais) (Lei de Transplantes de Órgãos). Proibição da comercialização pelas normas constitucionais e infra-constitucionais já mencionadas. Respeito às normas legais como limite à autonomia privada e nulidade como consequência da ilicitude do objeto do negócio jurídico de comercialização de células germinativas humanas (art. 82; 145, II do Código Civil brasileiro).

ABSTRACT: *Invalidity of commercialization of human reproductive cells (ovules and spermatozoa). Constitutional guardianship of health, conditions and requirements for removal of organs, tissues and human substances (article 199, § 4º of the Federal Constitution). Correlation of the subject with the protection of the right to life (article 5º, caput), human being dignity (article 1º, III) and health (article 196) (constitutional norms), as well as with the Law 9.434/97, article 1º (under-constitutional norms) (Law of organs transplants). Prohibition of commercialization set by the mentioned constitutional and under-constitutional norms. Respect to the legal norms as a limit to private autonomy and nullity as a consequence of the illegality of the object of commercialization of germinative human beings cells (article 82; 145, II of the Brazilian Civil Code).*

I - Sumário da Tese.

O objetivo básico da presente tese refere-se à demonstração da invalidez da comercialização de óvulos no direito brasileiro, no contexto da Carta Magna

e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, dentre eles, a dignidade humana (art. 1º, inciso III), bem como a norma do art. 199, § 1º da Constituição Federal, que expressamente proíbe a comercialização de tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

A proteção das liberdades e os direitos fundamentais, inerentes à pessoa e ao corpo humano envolvem-se com questões jurídicas decorrentes da evolução da Biologia.

Assim, analisa-se tema atual e polêmico intimamente relacionado com o desenvolvimento científico e com a reprodução humana, que não pode ficar à margem de análise legal e doutrinária de cunho jurídico, tendo em vista a tutela dos direitos fundamentais e interesses difusos correlacionados com a técnica de inseminação artificial ⁽¹⁾.

II - Relevância do tema.

Cena real de uma clínica de reprodução artificial no Brasil: um casal recebe um cardápio de “doadores” (juridicamente, o termo correto é de “vendedores”) do banco de sêmen e nele encontra ofertas variadas. Um professor de origem libanesa que adora surfar ou um escrivão de ascendência espanhola cujo *hobby* é estudar Filosofia. A lista informa que o professor é católico e o escrivão, muçulmano. Descreve seus tipos sanguíneos e relaciona peso, altura e cor dos olhos. O casal estuda as opções, faz sua escolha e, **pelo equivalente a 150 dólares**, adquire a amostra que poderá dar origem a seu futuro bebê. ⁽²⁾

No admirável mundo novo das clínicas com seus bancos de sêmen e catálogo de doadoras de óvulos, fazem-se as mais incríveis combinações visando-se tornar mercadoria o próprio ser humano.

Nesse contexto, até a rede mundial de computadores (*internet*) é utilizada para o comércio de substâncias humanas reprodutivas. Recentemente, a mídia escrita e falada tratou da jogada de *marketing* do fotógrafo americano RON HARRIS, que abriu em novembro de 1999, um leilão ao vivo de óvulos de três belas modelos. HARRIS, um suspeito de patrocinar *sites* de pornografia na Califórnia, pede um lance mínimo de US\$ 15.000 (quinze mil dólares) por óvulo de suas belezas no endereço www.rosangels.com.

⁽¹⁾ A inseminação artificial consiste em técnica de procriação assistida, mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de um ato sexual, mas de maneira artificial. Trata-se de técnica dirigida, na sua concepção, ao casal fértil com dificuldade para fecundar naturalmente, quer em razão de deficiências físicas (*impotentia coeundi*; má-formação congênita do aparelho genital externo, masculino ou feminino; ou diminuição do volume de espermatozoides [oligoespermia], ou de sua mobilidade [astenospermia], dentre outras), quer por força de perturbações psíquicas [infertilidade de origem psicogênica]. Nesta hipótese, em que a solução da infertilidade é buscada pelo próprio casal, sem a intervenção de terceiro, diz-se que a inseminação é homóloga.

⁽²⁾ Trecho extraído com modificações de reportagem intitulada “Em busca do bebê perfeito”, do semanário VEJA de 3 de novembro de 1999, p. 122.

Em clínicas americanas, os “clientes” podem até mesmo visualizar por computador como seriam os seus filhos, caso optassem por este ou aquele doador de sêmen ou de óvulo – ou ambos. Há, inclusive, pesquisas no Japão para a criação de úteros artificiais, afastando, completamente, a família do ato de geração de um novo ser.

Indaga-se, pois, na presente tese, se é possível, juridicamente, tal negócio jurídico de comercialização de material genético humano. Em outras palavras, as substâncias humanas podem ser objeto de negócios jurídicos onerosos, como expressão de autonomia privada.

III - Limites constitucionais e legais à comercialização de substâncias humanas.

A ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade. Assim, nesse contexto, deve-se indagar se a venda de material genético para fins reprodutivos coaduna-se com valores constitucionais com ela relacionados.

No Brasil, a matéria obteve assento na Constituição Federal de 1988, a qual, no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II, que trata da Seguridade Social, Seção II – Da saúde, compreendida como *“direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”*, dispôs, no art. 199, *verbis*:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º – A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Dispõe, ainda, o art. 196 que a saúde deve ser objeto da atuação estatal visando não só a redução do risco de doença, mas, também, *de outros agravos*.

Compreendido que o termo saúde, colocado na Constituição Federal, refere-se a algo muito maior que a simples inexistência da doença, pode-se falar que o sistema constitucional brasileiro adotou conceito amplo para a proteção do direito fundamental à saúde.

Nesse aspecto, deve ser lembrado o que afirma o art. 225, § 1º, inciso V:

“controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (grifo nosso).

Ademais, convém lembrar que a Carta Magna estabelece uma gama de direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o **direito à vida** (artigo 5º, *caput*), a **dignidade humana** (art. 1º, inciso III)⁽³⁾, bem como a **saúde**⁽⁴⁾ como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

A vigente Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos), concretizando o texto constitucional que veda a comercialização, estabelece que só a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem* e só para fins de transplante e tratamento. Ratificando, a preocupação bioética com o material genético humano assinala, também, expressamente, que, para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Logo em seu artigo 1º, essa importante legislação dispõe:

“Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo”.⁽⁵⁾

⁽³⁾ Conforme assinala DOM CÂNDIDO PADIN, no artigo “As pesquisas científicas e o respeito à dignidade humana”, in *Cultura dos Direitos Humanos*, São Paulo, LTr, 1998, p. 47: “A defesa dos direitos humanos está fundamentada na dignidade do ser humano como pessoa constituída de um corpo orgânico animado por um princípio de vida de natureza espiritual. Esta é a definição do ser humano não só pela concepção cristã, mas de muitas outras concepções espiritualistas. É a concepção dos que se recusam a reduzir o homem a um simples animal com uma composição genética que possa ser manipulada”

⁽⁴⁾ O preâmbulo do documento que regulamenta a Organização Mundial de Saúde compreende que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência da doença ou da enfermidade.

⁽⁵⁾ Verifica-se a necessidade de diferenciação das razões que levaram o legislador a considerar, de um lado, que o sangue e, de outro, que o esperma e o óvulo não estão compreendidos entre os

Portanto, nem mesmo a **doação** (negócio jurídico gratuito) de esperma e óvulos são objetos de regulamentação pela norma.

Assim, as normas jurídicas constitucionais e infra-constitucionais são *harmônicas na proibição da comercialização de material genético humano*, não obstante, parte da sociedade médica não esteja observando tal desiderato, o que torna imperativo a discussão dos limites da autonomia privada no direito brasileiro.

IV - Limites à autonomia privada e a nulidade da comercialização do material genético humano.

O negócio jurídico é concebido como instrumento de realização da liberdade individual, porque por meio dele os particulares criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas. É a vontade particular atuando no mundo jurídico; nesse aspecto, há a denominação "autonomia privada"⁽⁶⁾ que representa uma projeção jurídica do liberalismo econômico, consagrado no Código Napoleônico na máxima "o contrato é lei entre as partes".

Não se pode esquecer, entretanto, que, atualmente, o negócio jurídico deixa de ser instrumento exclusivo da liberdade individual e passa a ser encarado como importante fator de equilíbrio social, no sentido de que só os atos de iniciativa privada considerados idôneos podem compor o suporte fático da espécie negocial que tem validade na tutela da ordem jurídica.

Nesse sentido, o plano dos negócios não pode ficar imune à dignificação do ser, pois não se admite a exclusiva visão econômica ou patrimonialista das relações negociais. CARLYLE POP, professor de Direito Civil da PUC/PR, ressalta:

"Percebe-se, então, que com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocu-

teídos a que se refere a Lei de Doação dos Órgãos. Tal diferenciação mostra-se importante, pois se tratam de substâncias distintas no que se refere às conseqüências de sua disposição por parte da pessoa humana. No que se refere ao sangue, sempre houve o incentivo do Estado na sua doação para fins de transfusão sanguínea com o claro propósito de salvar vidas, em substância corriqueira e primordial nas intervenções cirúrgicas. Com relação às células germinativas humanas, a questão afigura-se distinta, pois a matéria relaciona-se ao chamado poder de criação humana, tendo questionamentos éticos e jurídicos distintos da doação de sangue. Há também razões de cunho prático para a retirada do sangue e das células germinativas do escopo da referida lei, pois tais substâncias, pelas suas características, só podem ser dispostas em vida, e a Lei nº 9.434/97 trata da doação *causa mortis*.

⁽⁶⁾ A autonomia privada tem como resultado o poder de manifestação dos particulares, não total e absoluto, mas limitado pelas normas jurídicas. "Contudo, a autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal que deixa espaço (autonomia) em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares" (NANNI, Giovanni Ettore. "A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal" in *Direito Civil Constitucional, cadernos I*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 260).

par com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel”⁽⁷⁾

Inicialmente, deve ser dito que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos, dos quais o negócio jurídico é subespécie, e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais. O elemento existência, no entanto, é a base de que dependem os outros elementos.

Conforme ensina MARCOS BERNARDES:

“Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*)”:

- a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente),
- b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador),
- c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade),
- d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou,
- e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente,
- f) existe e é ineficaz porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos”.⁽⁸⁾

Surge a diferenciação dos diferentes planos dos fatos jurídicos na doutrina germânica, transplantada por PONTES DE MIRANDA, ao considerar o mundo jurídico dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

⁽⁷⁾ Por, Carlyle. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro” in *Direito Civil Constitucional, cadernos I*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 153.

⁽⁸⁾ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

a) Existência — plano do ser – entram todos os fatos jurídicos lícitos e ilícitos – não se cogita de invalidade ou eficácia – tudo fica circunscrito a se saber se o suporte fático propiciou a incidência do núcleo da norma. Ex: Casamento realizado por quem não tenha autoridade para casar (um delegado de polícia). Não existe, não há pois de se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente.

b) Validade — verifica-se a existência de vícios só se o fato jurídico é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) - nos fatos jurídicos em que a vontade não é elemento do suporte fático e nos fatos ilícitos não há como pretender-se a invalidação. Ex: um nascimento não pode ser nulo ou anulável. No plano da validade é onde se têm atuação das normas jurídicas invalidantes (nulidade e anulabilidade).

c) Eficácia — plano no qual se produzem os efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres. O plano da eficácia pressupõe, no caso de negócio jurídico, a verificação prévia da validade – que, neste caso, servirá como filtro.

Nesse sentido, deve-se observar os artigos 82 e 145 do Código Civil vigente, que tratam de requisitos e espécies de invalidade do negócio jurídico:

“Art. 82 – A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”

“Art. 145 - É nulo o ato jurídico:

I – quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º);

II – quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;

III – quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130);

IV – quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

V – quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito”.

Sabe-se que o negócio jurídico, como categoria de fato jurídico *lato sensu*, deve realizar-se não apenas no plano da existência para que seja eficaz, mas,

também, no da validade. Isto significa que a manifestação de vontade (elemento essencial à constituição da categoria) deve observar os requisitos já assinalados para que venha a produzir os efeitos a que se destina.

Ora, a realização de contrato de venda de células germinativas humanas é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico (**objeto ilícito**); determina, portanto, claramente, a invalidade do negócio jurídico (na forma de nulidade), uma vez que este não pode de nenhuma maneira ser aproveitado por medida sanatória que vise a aperfeiçoá-lo.

IV - Conclusão.

A análise do que foi dito nos permite perfilar a tese da INVALIDADE DA COMERCIALIZAÇÃO DE CÉLULAS GERMINAIS HUMANAS NO DIREITO BRASILEIRO, no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais concretizados em normas jurídicas que limitam a autonomia da vontade no campo das vendas realizadas nos chamados bancos de sêmen e de óvulos, invalidando, nos termos do Código Civil, com a sanção de nulidade tais negócios jurídicos viciados pela ilicitude de seu objeto.

Trata-se, pois, de proteção a direito de personalidade, inato ao homem, caracterizador de questionamentos sobre a natureza jurídica da força criadora do ser humano (corporificada nas suas células germinativas) e que não pode ficar à margem da ciência jurídica.

^(*) PAULO JOSÉ LEITE FARIAS é Professor da Universidade Católica de Brasília, Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília, Professor substituto da UNB e Promotor de Justiça do MPDFT.
