

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

DIREITO

ARTHUR CÉSAR TOGNELLA DE ROSA

PARAÍSO DA REPRODUÇÃO:

O SILÊNCIO PERANTE A FRAUDE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

São Paulo

2023

ARTHUR CÉSAR TOGNELLA DE ROSA

PARAÍSO DA REPRODUÇÃO:

O SILÊNCIO PERANTE A FRAUDE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL

São Paulo

2023

Gostaria de agradecer à minha mãe, que em muito contribuiu na estruturação deste trabalho, ao meu irmão pelo apoio e interesse demonstrados, à minha namorada, por me apoiar durante o processo e incentivar minhas ideias ao meu pai pelas discussões que tivemos, aos meus amigos por estarem do meu lado, pelas risadas e momentos de descontração, à professora Ana Cláudia Scalquette que contribuiu para construção e desenvolvimento inicial.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer à tona uma discussão extremamente pertinente ao Brasil atual, mostrar como o mundo passa por um problema silencioso e como o nosso país também. Aqui, há uma síntese breve a respeito do sistema jurídico penal e civil do Brasil, é demonstrado como o aparato judiciário não está apto a proteger os cidadãos brasileiro e que a conduta descrita não se encaixa nos crimes existentes no código penal. Além disso, são elencadas as principais legislações americanas criadas para combater a questão. Assim como é apresentado o PL 115/2015, que tramita no legislativo brasileiro, ademais, são feitas algumas observações a respeito do seu conteúdo.

ABSTRACT

The present work aims to bring up a discussion that is extremely pertinent to Brazil today, to show how the world is going through a silent problem and how our country is as well. Here, there is a brief summary regarding the criminal and civil legal system in Brazil, it is demonstrated how the judicial apparatus is not able to protect Brazilian citizens and that the described conduct does not fit the existing crimes in the penal code. In addition, the main American legislation created to combat the issue is listed. As well as PL 115/2015 which is presented and is being processed by the Brazilian legislature, in addition, some observations are made regarding its content.

SUMÁRIO

1	AS AÇÕES INCONSEQUENTES E OS DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE	6
1.1	ESTADOS UNIDOS: O BERÇO DE UMA ATROCIDADE REPRODUTIVA	6
1.2	O FENÔMENO SE ALASTRA	14
2	A INCONGRUÊNCIA DO FENÔMENO COM O DIREITO BRASILEIRO	19
2.1	A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO COMO FATO GERADOR DE UM EVENTO MORALMENTE QUESTIONÁVEL	19
2.2	O CÓDIGO CIVIL E A FRAUDE NOS MEIOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	21
2.3	A FRAUDE NOS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO FATO ATÍPICO NO CÓDIGO PENAL	27
3	A REPOSTA À FRAUDE NOS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	37
3.1	AS LEGISLAÇÕES PROPOSTAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	37
3.2	A TENTATIVA BRASILEIRA DE LEGISLAR	42
	4BILIOGRAFIA	47

1 AS AÇÕES INCONSEQUENTES E OS DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE

1.1 Estados Unidos: o berço de uma atrocidade reprodutiva

a) William Pancoast

Um dos mais notórios registros de “inseminação artificial” — uma ocorrência que, jamais, deveria ser denominada como tal— é de 1884. William Pancoast, médico no *Sansom Street Hospital*, foi procurado por uma jovem de 31 anos que enfrentava dificuldades em conceber uma criança. Primordialmente, ele acreditou se tratar de um problema na própria fisiologia da jovem, entretanto, após inúmeros exames, veio a concluir que essa era totalmente saudável e apta a conceber.

Após sua primeira hipótese se mostrar equivocada, o médico dirigiu suas dúvidas ao parceiro de sua paciente, um comerciante da Filadélfia. Realizados os devidos exames, William observou que as amostras de líquido seminal do marido se mostravam livres de espermatozoides. Pancoast garantiu ao seu, agora paciente, que após alguns meses de tratamento ele conseguiria engravidar sua esposa.¹

Porém, em dois meses de tratamento, nenhum resultado positivo foi obtido, conclui-se que o comerciante jamais poderia engravidar sua esposa, seus ductos seminais estavam permanentemente obstruídos, provavelmente em razão de uma infecção que lhe acometeu alguns anos antes.

¹ YUKO, Elizabeth. The first artificial insemination was an ethcal nightmare. *The Atlantic*, 6 de Janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/health/archive/2016/01/first-artificial-insemination/423198/>. Acesso em: 06/05/2023

Esperava-se que o médico informasse seus pacientes de sua descoberta, entretanto, Pancoast manteve as informações que descobriu para si e agendou um novo exame para a moça. No fatídico dia ele dopou sua paciente com clorofórmio e, com outros 6 estudantes de medicina realizou uma ‘inseminação artificial’, o médico pediu que um dos seus estudantes, aquele que foi considerado o mais bonito, doasse seu líquido seminal para sua paciente. William, com uma seringa, injetou a amostra no útero da jovem e a inseminou.

Nove meses depois o casal concebeu uma criança, que mais tarde veio a se tornar um homem de negócios em Nova Iorque. O caso em questão foi relatado anos depois de ocorrer por um dos estudantes que presenciou essa violação, todos os presentes tiveram que realizar um juramento de silêncio, visto que, a circunstância que ocasionou o nascimento do jovem, era antiética e imoral.

b) Donald Cline

O desenvolvimento tecnológico cresce de forma assustadora, cada ano que passa o ritmo se eleva. Realizamos feitos nos últimos dois anos que eram impossíveis há 20 anos: a produção de uma vacina em tempo recorde— muito mais rápida do que o recorde anterior; o lançamento do telescópio James Webb, sucessor do Hubble, que será capaz de realizar descobertas que podem mudar o mundo; o início da busca por um método de produção de órgãos artificiais, essas, são pequenas amostras do potencial humano e do que poderemos aguardar para o futuro da nossa espécie.

Entretanto, o avanço científico e com ele, um maior acesso ao público, não é bom para todos. Donald Cline foi desmascarado pelo desenvolvimento, os testes de DNA que antigamente eram caríssimos, não tão eficientes quanto hoje e de difícil acesso, estão a um clique do alcance de qualquer pessoa que tenha interesse em sua ancestralidade. Sites como 23andme.com e ancestry.com fornecem ao consumidor uma experiência um tanto quanto diferente, com uma amostra de DNA é possível saber de qual região do mundo alguém veio, com quem se compartilha um grau de parentesco

(desde que a pessoa também esteja registrada no banco de dados da empresa) e, até mesmo, quem é realmente ou não o seu progenitor.

Foi assim que Cline foi descoberto, por pessoas interessadas no seu passado genético. Jacoba Ballard², que sabia ter sido concebida por esperma de um doador, decidiu usar a internet para identificar parentes, entretanto, acabou descobrindo que possuía ao menos 7 meios-irmãos. Após um tempo, a conexão foi feita: todos eles foram concebidos pelo Dr. Donald Cline, uma queixa foi prestada a qual o médico respondeu dizendo que usava o mesmo esperma no máximo três vezes. A rede de irmãos, que só cresceu com o tempo— e chegou a alcançar o incrível número de 70 pessoas, entrou em contato com filho criado por Cline, que confrontou o pai levando-o admitir que usava seu próprio esperma e, por fim, os ajudou a contatar o médico³.

No encontro entre Donald e alguns irmãos, o ‘pai’ finalmente admitiu que havia usado o seu próprio esperma pelo menos 50 vezes e que os registros a respeito dos seus feitos foram destruídos anos antes. Em 2017, Donald Cline se declarou culpado por obstrução de justiça, pelas mentiras contadas a respeito do uso de esperma doado, recebeu uma multa de US\$500 e teve sua licença médica suspensa que, em 2018, foi revogada. No Estado de Indiana, à época, não havia nenhuma outra medida que o sistema jurídico pudesse tomar contra o médico.

² ZAVERI, Mihir. A fertility doctor used his sper on unwitting women. Their children want answers. *The New York Times*, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/08/30/us/fertility-doctor-pregnant-women.html>. Acesso em: 06/05/2023

³ MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>. Acesso em: 06/05/2023

c) **Kim Mcmorries**

Aos 16 anos Eve Willey recebeu a notícia de que foi concebida por meio de uma inseminação artificial, filha biológica do doador número 106⁴. Margo Willians, mãe de Eve, não conseguiu dar à luz por meios naturais, portanto, procurou ajuda em uma clínica de infertilidade, para sua felicidade o tratamento foi um sucesso. Após o recebimento da notícia, Willey decidiu ir à busca do doador 106, ela o encontrou e criou laços paternos com o doador, que chegou até mesmo a participar do casamento de Eve.

Um dos filhos de Eve apresentou uma condição gastrointestinal⁵, preocupada, ela procurou um médico, infelizmente o profissional não conseguiu identificar uma causa para os problemas da criança, o que o levou a aconselhá-la a realizar uma busca genética pelas condições de saúde da sua família. Imediatamente, o teste de DNA revelou o doador 106 não era seu pai biológico, o resultado mostrou conexões com pessoas que eram parentes de Mcmorries.

A descoberta chocante levou Eve a entrar em contato com o médico de sua mãe que revelou a ela que era um doador de esperma durante a sua residência médica e, mesmo depois de concluir o seu curso, continuou adicionando o seu esperma as amostras de outros doadores que ele utilizava. A justificativa do médico para o silêncio é a de que, na época, os doadores deveriam ser mantidos anônimos, contou ainda, que ela não deveria ficar surpresa em encontrar outros meios-irmãos incluindo os filhos que o médico criou em sua casa.

⁴ MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>. Acesso em: 06/05/2023

⁵ OLSEN, Lise. Conception deception. *Texas Observer*, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.texasobserver.org/fertility-fraud-east-texas-kim-mcmorries/>. Acesso em: 06/05/2023

Eve, ao contrário de Jessica Stavena— outra filha de Mcmorries, decidiu não prestar queixas, ela se esforçou em noticiar a fraude na inseminação artificial, não medindo esforços para que os legisladores do Estado do Texas, criassem uma lei punindo os médicos que atuassem de tal maneira.

Stavena, que possuía os mesmos problemas intestinais do filho de Eve, realizou o teste de DNA, chegando a mesma descoberta. Willey, ao descobrir seu parentesco com Jessica, entrou em contato com ela, entretanto, a mesma não se contentou em lutar por uma punição legislativa adequada e decidiu prestar queixa contra Mcmorries. Stavena acredita que o Dr. Kim agiu com má-fé, tirou proveito de sua mãe e cometeu abuso sexual contra ela.

d) Gerald Mortimer

Em 1981, Idaho Falls, Sally Ashby e Howard Fowler procuraram o Dr. Mortimer⁶ com o intuito de receber assistência com sua dificuldade de conceber uma criança. O casal, agora separado, recebeu um tratamento de inseminação artificial em que 85% da amostra de espermatozoides utilizada pertenceria ao Sr. Fowler, o restante, de um doador anônimo que tivesse características similares as suas.

Mortimer, que em nada se assemelha a Howard, decidiu, por si só, que o seu próprio material genético seria suficiente, ignorando as implicações éticas e morais que sua escolha acarretou.), o tratamento foi um sucesso, Kelli Rowlette, filha do casal,

⁶ HANSEN, Grace. Case dismissed against retired Idaho Falls doctor who used his own sperm to inseminate patient. East Idaho News. 11 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.eastidahonews.com/2021/05/case-dismissed-against-retired-idaho-falls-doctor-who-used-his-own-sperm-to-inseminate-patient/>. Acesso em: 06/05/2023

nasceu. Gerald continuou sendo o ginecologista de Sally⁷ por vários anos acompanhou o nascimento do seu segundo filho e, até certo ponto, teve contato com Kelli. A família acabou se mudando para Washington por conta do trabalho de Howard, Sally, ao contar para seu ginecologista da mudança, percebeu que o mesmo ficou abalado e até mesmo chorou.

Kelli Rowlette submeteu o seu DNA ao site Ancestry.com e, imediatamente, recebeu o resultado de que um homem chamado Gerald Mortimer era seu pai biológico. Na época, sem ter ideia de que havia sido concebida por meio de um tratamento de inseminação artificial e, sem saber quem era o homem indicado no teste, acreditou ter ocorrido algum tipo de erro com seu resultado. Porém, alguns meses depois de compartilhar o teste com sua mãe, que conversou com seu ex-marido durante meses se deveriam ou não contar a sua filha quem era Mortimer, Kelli encontrou sua certidão de nascimento e nela constava a assinatura de Gerald Mortimer.

O caso, que em 2018 foi levado à corte, foi recentemente arquivado, supõe-se que as partes chegaram a um acordo em 2021, visto que, é incomum o arquivamento quando se passam tantos anos. As queixas prestadas pela família são diversas e vão de negligência médica até fraude.

e) G.H

Um caso extremamente revoltante e desgostante foi evidenciado em 2019⁸, Patrice e Ashley Grinnell provocaram o judiciário estadunidense, contra o *Kaiser*

⁷ DUNN, Cheyenne. "Fertility Fraud and Proposal for Florida Legislation," *Child and Family Law Journal*: Vol. 8. Article 6, p. (1-32), 27 de março de 2020. Disponível em: https://lawpublications.barry.edu/cflj/vol8/iss1/6?utm_source=lawpublications.barry.edu%2Fcfllj%2Fvol8%2Fiss1%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 06/05/2023

⁸ MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>. Acesso em: 06/05/2023

Foundation Hospital e o médico conhecido pelas iniciais G.H. A mãe, que em 1987 procurava auxílio especializado para dar à luz a uma criança, foi atendida pelo médico supracitado, ela buscava um doador anônimo, que lhe foi garantido pelo seu ginecologista.

Entretanto, anos mais tarde, Ashley realizou um teste genético que apontou quem era seu verdadeiro pai —sem surpresas para os leitores desse trabalho, seu ginecologista. A princípio, G.H negou qualquer possibilidade de ser o pai biológico de Ashley, porém, logo seu argumento caiu por terra, restou evidente que ele realmente era.

O mais chocante, todavia, é que G.H foi, não somente, o ginecologista de Patrice, mas também o de Ashley. Durante anos e, até a vida adulta da garota, ele realizou exames de rotina pelos quais a maioria das mulheres passam, os exames íntimos foram realizados em Ashley pelo seu próprio pai biológico que tinha perfeita noção da ligação entre eles.

A mãe conta que jamais realizaria a inseminação⁹ caso soubesse que seu médico seria também o seu doador, horrorizada com a descoberta e com o que sua filha passou, ela busca justiça contra o médico e o hospital. Patrice e Ashley buscam a reparação, devidamente merecida, pelos danos emocionais, fraude e *medical battery* (crime previsto na legislação americana que consiste no contato físico sem consentimento).

G.H já está aposentado, não exerce mais a profissão de médico. Enquanto o hospital, ao saber do caso, tem fornecido às vítimas todas as informações possíveis para a apuração da justiça. A mãe e a filha requerem o ressarcimento de todos os gastos tidos com os exames realizados pelo Dr. G.H.

⁹ RENDA, Matthew. Lawsuit claims Doctor inseminated patient with his own sperm. Courthouse News, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.courthousenews.com/lawsuit-claims-doctor-inseminated-patient-with-his-own-sperm/>. Acesso em: 06/05/2023

f) John Boyd Coates

Cheryl e Peter Rosseau, ambos se casando pela segunda vez, decidiram ter uma criança juntos, porém, anos antes, Peter havia realizado um procedimento irreversível de vasectomia, impossibilitados de conceberem vida por si só, o casal decidiu realizar uma inseminação artificial. O médico escolhido por eles, John Boyd Coates de Berlim, Vermont¹⁰, iria realizar o procedimento com a amostra de um doador anônimo.

Coates exigiu que Peter assinasse um contrato em que confirmaria que iria adotar a criança que viria a nascer. Após duas tentativas Cheryl engravidou e, após nove meses, deu à luz à Barbara, pelo ano seguinte ao nascimento, John atendeu como ginecologista de Cheryl. Os anos se passaram e, sem grande novidade para os leitores, Barbara decidiu realizar um teste genético por curiosidade em relação à sua ancestralidade.

O teste apontou Coates como seu pai biológico, após a descoberta a família entrou com um processo contra John e o *Central Vermont Medical Center*, as acusações contra o médico variam de quebra do contrato até *battery*, contra o hospital, os argumentos são de negligência e *respondeat superior* — um superior respondendo pelas ações do seu subordinado. Cheryl, Peter e Barbara alegam que, devido a descoberta tardia do ocorrido, não puderam buscar justiça anteriormente e que a decadência deveria ser contada do momento da descoberta do fato

¹⁰ MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>. Acesso em: 06/05/2023

1.2 O fenômeno se alastra

a) Norman Barwin

Norman Barwin, Ottawa, Canada, possui diversos processos contra si, o motivo, fraude na inseminação artificial. O primeiro deles é de 1995, seguido de outros processos nos anos de 2004, 2006 e 2010, sendo que, em 2013, ele admitiu ter usado as amostras de espermatozoides erradas, durante uma investigação realizada pelo Colegiado de médicos e cirurgiões de Ontario.

Barwin, possui um currículo extenso e, à primeira vista, se mostra um médico extremamente competente, visto que, já foi o presidente de diversas organizações — como a Sociedade de Fertilidade do Canadá e a Federação da paternidade planejada do Canadá¹¹. Além disso era portador da medalha do jubileu dourado da Rainha e da Ordem do Canadá, entretanto, as medalhas foram devolvidas após admitir ter inseminado quatro mulheres com as amostras erradas.

Em 2016, uma *class action suit* (similar a ação civil pública), foi peticionada contra Norman por Davina e Daniel Dixon, a filha deles, Rebecca e sua meia irmã, Kathryn Palmer. Rebecca e Kathryn estão representando as crianças concebidas pelo esperma do Dr. Barwin. Davina representa as mulheres que passaram por uma inseminação sem consentimento, enquanto Daniel representa os pais que tiveram suas amostras substituídas.

¹¹ Judge approves settlement in case of disgraced Ottawa fertility doctor. CBC News, 1 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/disgraced-fertility-doctor-norman-barwin-1.6232776>. Acesso em: 06/05/2023

Atualmente, suspeita-se que Barwin gerou mais de 100 crianças, o número de participantes da ação contra Norman subiu de 18, desde o seu início, para 244. Em 2021, o caso foi finalizado na justiça Canadense, Barwin deve pagar o montante de U\$13.375 milhões, que será dividido entre os participantes da ação, sendo que, os pagamentos individuais podem chegar ao valor de \$50.000 mil dólares, a depender de qual classe afetada a pessoa se encontra.

Norman não exerce mais a profissão médica, sua licença foi revogada em 2019, entretanto, antes mesmo de ter sua licença revogada, ele já não exercia sua profissão, devido as polêmicas, Barwin fechou suas clínicas no ano de 2014 e decidiu encerrar a sua carreira como médico.

b) Jos Beek

Jos Beek, falecido em 2019, trabalhou no *Elisabeth Hospital*, que agora faz parte do *Alrijne Hospital*, em Leiderdrop, Holanda. Lá, Beek atendia casais que pretendiam ter filhos e não conseguiam naturalmente, a expectativa dos casais era de que as amostras dos espermatozoides utilizados seriam advindas de doadores anônimos. Entretanto, o médico tinha outros planos, Jos é suspeito de ser o pai de ao menos vinte e uma crianças¹².

A descoberta foi realizada pelo grupo Fiom, que é responsável por investigar vestígios dos pais biológicos das crianças nascidas por doação de esperma. O grupo conectou Beek a vinte e uma crianças, sendo que, todas as mães receberam tratamento em sua clínica no período de 1973 a 1986. Um dos membros do conselho de diretores

¹² BOFFEY, Daniel. Netherlands fertility doctor used own sperm to father 21 children. The Guardian, Bruxelas, 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/feb/02/netherlands-fertility-doctor-jos-beek-father-21-children#:~:text=BEEK%20is%20the%20third%20fertility,biological%20father%20of%2017%20children>. Acesso em: 06/05/2023

do Hospital Alrijne não descarta a hipótese que o médico seja pai de muitas outras crianças, infelizmente, os registros do período não mais existem, o que dificulta a localização dessas crianças.

O Hospital entrou em contato com todas as famílias afetadas pela conduta de Jos Beek para cooperar e oferecer auxílio, sendo que, eles consideram os feitos de Jos abomináveis e inaceitáveis, demonstrando que as normas e protocolos da época não possuem relação com os atos de Beek.

d) Roger Abdelmassih

No Brasil, Roger Abdelmassih que foi condenado, em 2010, a 278 anos de prisão pelo estupro de 37 mulheres no período de 1995 a 2008, também é um fraudador. Ele é acusado de ter trocado as amostras de espermatozóides que deveriam ter sido usadas na concepção de duas crianças. A suspeição do pai das crianças começou quando a notoriedade do médico começou a se elevar na mídia, na época, rumores estavam surgindo a respeito de Abdelmassih, entre eles, de que ele abusava de suas pacientes e que realiza manipulação genética¹³.

A confirmação das acusações só elevou as suspeitas da família, determinados a descobrir a verdade, eles realizaram um teste de DNA que, infelizmente, confirmou as dúvidas existentes, provando que os gêmeos não eram filhos biológicos do seu pai.

¹³ PINHO, Angle. JR, Bergamin Giba. PAGNAN, Rogério. Doctor sentenced for rape is ordered to pay US\$ 225.000 for swapping sperm in fertility treatment. Folha de São Paulo, São Paulo, 22 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2014/08/1504234-doctor-sentenced-for-rape-is-ordered-to-pay-us-225000-for-swapping-sperm-in-fertility-treatment.shtml>. Acesso em: 06/05/2023

Roger foi condenado a pagar R\$ 250.000 mil reais para cada um dos filhos, para compensar os danos e o sofrimento causado a eles. A decisão de levar Abdelmassih a justiça foi inteiramente dos gêmeos

e) Jan Kaarbat

Esther-Louise Heij sempre sonhou em ter filhos, aos 35 anos, após terminar um relacionamento de 12, ela decidiu que os teria, mesmo sem um parceiro. Além disso, ela queria garantir que seus futuros tivessem a possibilidade de saber quem era seu pai biológico, caso quisessem. Determinada Esther-Louise procurou uma clínica em Rotterdam, Holanda, que tivesse a mesma opinião que ela, na época, ela encontrou o Dr. Jan Kaarbat, que a garantiu que seus futuros filhos teriam a possibilidade de saber quem era o pai biológico¹⁴.

Feliz que o seu médico compartilhava de suas visões, e assegurada pela conduta do mesmo, Esther decidiu prosseguir com o tratamento, ela iria realizar uma fertilização in-vitro. Kaarbat pediu fotos dos parentes de Louise para que, segundo ele, fosse mais fácil encontrar um doador com características semelhantes as dela, além disso, garantiu que iria encontrar um doador que estivesse aberto a ideia de ser localizado posteriormente.

Yonnathan, um dos filhos de Esther, decidiu que iria se encontrar com o seu pai biológico, devido as providencias tomadas pela mãe e sua atitude a respeito do tema, não foi difícil descobrir qual clínica havia auxiliado sua mãe. Entretanto, ao entrar em contato com uma das organizações que poderia lhe fornecer as informações que

¹⁴ MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>. Acesso em: 06/05/2023

buscava, Yonnathan recebeu uma notícia preocupante, os arquivos da época haviam sido perdidos, eles não foram guardados e ninguém sabia de suas origens.

Rumores começaram a surgir de que Jan Kaarbat usava amostras de colegas de trabalho, estudantes e, mais chocante, ele mesmo.¹⁵ Yonnathan tentou contato com Kaarbat, porém, as cartas que ele enviou retornaram sem terem sido abertas, desapontado com a atitude de Jan, Yonnathan decidiu entrar em contato com seus supostos meios-irmãos que, infelizmente, estavam surgindo aos montes.

Todavia, as esperanças de Yonnathan e Lotte, sua irmã, foram se esvaindo, os resultados dos testes mostravam que eles não compartilhavam semelhança genética com as outras pessoas testadas. Kaarbat faleceu em 2017, deixando muitas dúvidas, entretanto, a sua morte possibilitou que a justiça recolhesse uma amostra do seu DNA, que comprovou que Yonnathan e Lotte não são filhos biológicos de Jan. O teste trouxe outra chocante notícia, Jan Karbaat é, possivelmente, o pai de mais de 200 pessoas, um número que continua a crescer e chocar o mundo.

Os relatos apresentados nesse trabalho são apenas uma pequena fração de um problema que, provavelmente, é muito maior do que se tem noção.

¹⁵ MOORHEAD, Joanna. The man who may have secretly fathered 200 children. The Guardian, 15 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/jul/15/the-man-who-may-have-secretly-fathered-200-children>. Acesso em: 06/05/2023

2 A INCONGRUÊNCIA DO FENÔMENO COM O DIREITO BRASILEIRO

2.1 A ausência de legislação como fato gerador de um evento moralmente questionável

O Brasil, atualmente, conta com algumas fontes legislativas responsáveis por tratar da reprodução assistida, sendo elas: a resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina (CFM); a Lei 3.268/1957; a Lei nº 11.105/2005, também conhecida como Lei de Biossegurança e; o Código de Ética Médica.

Entretanto, todas as fontes supracitadas, não tratam especificamente do problema em questão, muito menos das formas de punições que poderiam vir a ser aplicadas. Ademais, as consequências previstas por infrações éticas não são sequer, suficientes para serem chamadas de punições.

Por exemplo, o artigo 22 da Lei 3.268 prevê as punições aplicáveis pelos conselhos regionais aos seus membros, dentre elas: advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional até 30 dias e; cassação do exercício profissional

Enquanto isso, o Código de Ética Médica trata das vedações do profissional e abarca todas as questões éticas e morais, porém, não prevê qualquer forma de sanção. No §3 do artigo 15 temos, claramente, uma vedação a prática de reprodução assistida sem o consentimento e devido esclarecimento às partes envolvidas, que corresponde com o princípio do consentimento informado, previsto também no artigo 6º Código do Consumidor (CDC):

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”.

A jurisprudência e doutrina atuais têm entendido que a relação médico-paciente tem caráter consumerista e, portanto, podem ser protegidas pelo CDC.

Ademais há que se falar, obviamente, na indenização por dano moral que, a meu ver, é atualmente o instituto sancionatório mais adequado para a situação prevista no presente trabalho. O dano moral, segundo Flávio Tartuce¹⁶ “ constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, por exemplo, à liberdade, ao gênero, à orientação religiosa, entre outros.” Nesse sentido, o direito sobre o próprio corpo, que impede intervenções contra a vontade da pessoa corrobora para firmar uma possível indenização por dano amoral.

Avançando na questão, gostaria de tratar a respeito do dano moral presumido ou “*in re ipsa*” que, a meu ver, pode-se encaixar na problemática discutida, tendo em vista os comentários do ilustre Flávio Tartuce¹⁷:

“ Por seu turno, o dano moral objetivo ou presumido não necessita de prova. Utiliza-se a expressão em latim *in re ipsa* a fim de evidenciar um dano que decorre do simples fato ou da simples situação da coisa. Entendo que o dano moral presumido não é regra, mas exceção no nosso sistema, estando presente, por exemplo, nos casos de abalo de crédito ou abalo moral, protesto indevido de títulos, envio do nome de pessoa natural ou jurídica para o rol dos inadimplentes (Serasa, SPC), uso indevido de imagem, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. P, 308 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

¹⁷ *idem*

Em complemento, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que, nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal, o dano moral se presume (lesão a direito fundamental em si). Nesse contexto, “sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral” (STJ, REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu Informativo n. 513)”

No contexto discutido, que abalo moral, que ofensa maior à dignidade da pessoa humana poderia superar o sofrimento causado por ter em seu ventre alguém contra a sua vontade, mesmo que a criança que irá nascer seja de fato filha de um dos pais do casal, ainda sim enfrenta-se toda a questão emocional do engano, da frustração da expectativa de ser pai biológico. A fraude nos meios de reprodução assistida ceifa um futuro idealizado pelos pais.

Dito isso, percebe-se a lacuna na legislação brasileira. A impossibilidade de punir adequadamente os autores dessas atrocidades, tendo em vista que o mero dispêndio monetário por eles não é capaz de apaziguar os ânimos dos afetados, originou o presente trabalho.

2.2 O Código Civil e a fraude nos meios de reprodução assistida

A ausência de sanção criminal suficiente enseja em uma atuação principal da esfera Cível nos casos de fraude na reprodução assistida. Isso ocorre por conta da melhor adequação ao Código Civil e, por não existir tipo penal compatível com o termo ‘fraude na reprodução assistida’.

Destarte, cabe destacar a relação contratual entre o paciente e o médico, a relação jurídica entre as partes origina um negócio jurídico. O negócio jurídico, conceituado por Francisco Amaral¹⁸, é:

“...a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes (...) o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato é o seu símbolo”.

E, no mesmo sentido, Humberto Theodoro Jr¹⁹ esclarece:

“De início, toda justificação do negócio jurídico centrava-se na vontade, de sorte que se explicava tal negócio pela força que se reconhecia à vontade de criar relações jurídicas ou situações jurídicas. A evolução da doutrina, entretanto, deslocou a teoria subjetivista do negócio jurídico da vontade para a ideia objetivista de uma área de atividade social reservada à autonomia privada, dentro da qual a ordem jurídica reconhece às partes o poder de autoregular seu comportamento, com vistas à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas, sob tutela da lei.”.

Desta forma, o negócio jurídico consiste na mais livre manifestação da vontade e autonomia das partes, ambas buscam um resultado e acordam meios para alcançá-lo.

A resolução 2.320/2022 do CFM apresenta alguns dos deveres e obrigações dos médicos nos procedimentos de reprodução assistida, sendo o consentimento livre e esclarecido um dos seus pilares, que vincula ao médico o dever de pormenorizar os riscos, possibilidades e detalhamento do processo, mantendo com o paciente um diálogo aberto e esclarecedor.

¹⁸ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 371-372.

¹⁹ JR., Humberto T. Negócio Jurídico. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

Além disso, ela impõe proibições ao profissional que irá realizar o procedimento, sendo ele impedido de realizar seleção genética, eugenia ou qualquer outra intervenção que tangencie fins reprodutivos.

Humberto Theodoro Jr.²⁰ evidencia as consequências da ilicitude no negócio jurídico ‘‘Duas são as consequências decorrentes da ilicitude: i) a invalidade do negócio; e, ii) a responsabilidade de quem o pratica.’’, ademais completa ‘‘Já a responsabilidade decorre do fato de o negócio ilícito ter provocado danos à outra parte’’. Por lógica, nos casos de fraude na reprodução assistida, a ilicitude ocorre posteriormente, talvez anos depois do fato, quando se descobre que houve troca no material genético, por isso, o negócio jurídico não é inválido de início e, assim, cabe ao profissional arcar com as consequências dos danos causados a outra parte.

Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil trabalham em conjunto para atribuir àquele que pratica o ato ilícito o dever de ressarcir os danos causados:

‘‘Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.’’

Posto isso, os danos causados por essa ação pairam no instituto da responsabilidade civil ‘‘É o que se sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão’’ (Gonçalves, 2022, p. 208), por natureza da sua profissão, não se busca responsabilizá-

²⁰ *idem*

los pela falha em curar uma enfermidade, mas sim pela falha no meio utilizado, pela contradição moral e ética.

Ademais, a responsabilidade civil pode ser dividida em duas categorias: a subjetiva e a objetiva. Carlos Roberto Gonçalves²¹ conceitua a responsabilidade subjetiva da seguinte forma:

“Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”

E, a objetiva como:

“A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade, entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam na culpa, ainda que presumida.”

No mesmo sentido, completa Maria Helena Diniz²²:

“Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.”

²¹ GONÇALVES, Carlos R. Responsabilidade civil. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2022, p. 32. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

²² DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2022, p. 14. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

Ademais, analisando a literalidade do artigo 927 do Código Civil em consonância com as passagens supracitadas “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” percebe-se como o instituto se encaixa para os casos debatidos. Na troca de material genético, o profissional age com clara intenção de trocá-lo, podendo talvez, alegar engano. Entretanto, mesmo agindo culposamente, aquele que é lesado ainda é protegido pela responsabilidade civil, tendo em vista que a imprudência, imperícia e negligência, cumulados com o dano e o nexo causal ensejam indenização ao responsável.

Desta feita, Maria Helena Diniz²³ discorre a respeito do ato ilícito:

“O ato ilícito constitui uma ação (comissão ou omissão), imputável ao agente, danosa para o lesado e contrária à ordem jurídica. Essa violação jurídica poderá consistir em desobediência a um dever previsto no ordenamento jurídico (ilícito civil ou penal) ou a uma obrigação assumida (inexecução de contrato). Tal ação poderá ser praticada pelo próprio lesante ou por pessoa, animal ou coisa que esteja sob sua guarda.”

Assim sendo, o ato descrito neste trabalho é contrário às normas éticas impostas pelo próprio Conselho Federal de Medicina, causa danos ao paciente e diverge das condições impostas pelo negócio jurídico firmado entre profissional e paciente, contraria a moral e os bons costumes e atenta contra os direitos personalíssimos. Sendo completamente passível de indenização por danos morais.

A respeito dos danos morais, existem algumas problemáticas em relação ao caso. Obviamente que uma reparação pecuniária não será suficiente para cessar o sofrimento e desestabilização que o dano descrito aqui causa a toda a família. Ele vai além de afetar somente uma pessoa, adentra todo ambiente familiar, e traz à tona questionamentos existenciais aos afetados. Nesse sentido²⁴:

²³ *Idem*, p. 18.

²⁴ *Idem*, p. 43.

“A esse respeito é preciso esclarecer que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento (RJMS, 117:59) ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.”

Frequentemente houve-se falar que o dano moral não se caracteriza pelo mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, Humberto Theodoro Jr.²⁵ aponta que o entendimento do TRF da 4ª região é que “na caracterização do dano moral se exige a excepcionalidade, uma intensidade de sofrimento que não seja aquela própria dos aborrecimentos corriqueiros de uma vida normal” e, acrescenta:

“é preciso que o dano correspondente à dor imputada à vítima se dê em função de “atos que, indevidamente, ofendem seus sentimentos de honra e dignidade, provocando mágoa e atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral”

Por fim, aponta

“Completamente diversa é a responsabilidade civil, que pressupõe não mais um prejuízo social, mas um dano privado. Aqui, “a vítima não é mais a sociedade inteira, mas um particular”. E o particular “não pode mais punir; somente a sociedade tem tal direito”, segundo a advertência de Mazeaud et Mazeaud.”

Logicamente, de sua lição depreende-se o seguinte questionamento: por qual motivo o Direito Penal não tem como fato típico o objeto deste trabalho? As fraudes nos métodos de reprodução assistida não afetam somente um indivíduo, como anteriormente apontado, existem “profissionais” médicos, com dezenas, em alguns casos centenas de filhos, que compartilham seu código genético ou do mesmo doador. Não se pode falar, como lecionado acima, em uma vítima particular, tendo em vista que dezenas se não centenas de irmãos podem residir e constituir família na mesma cidade, isso passa a ser

²⁵ JR., Humberto T. Dano Moral, 8ª edição. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2016, p. 8. E-book. ISBN 9788530972295. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

uma questão de saúde pública em decorrência dos inúmeros problemas genéticos que o relacionamento entre irmãos consanguíneos pode acarretar.

Desta feita, se conclui que somente o Direito Civil como instituto é incapaz de sanar essa questão, sendo imprescindível que o Direito Penal tome para si o dever de tratá-la preventivamente e atribuir a devida punição àqueles que cometem tal barbárie.

2.3 A fraude nos métodos de reprodução assistida como fato atípico no Código Penal

Primeiramente importa destacar os artigos quinto, XXXIX da Magna Carta e o artigo primeiro do Código Penal: ‘‘não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.’’. A Lei Maior e o Código Penal vieram por positivizar o Princípio da reserva legal. Rogério Greco²⁶ aponta a atuação da intervenção mínima na sociedade:

‘‘embora a conduta do agente possa até ser reprovável socialmente, se não houver um tipo penal incriminador proibindo-a, ele poderá praticá-la sem que lhe seja aplicada qualquer sanção de caráter penal. O fato de cruzarmos com nossos vizinhos sem cumprimentá-los, ou mesmo de não cuidarmos de nossa higiene pessoal não nos levará a receber uma sanção penal pelo Estado. A sanção que nos é reservada não é aquela de cunho penal, mas, sim, de natureza social. A reprovação vem da própria sociedade, mas nunca do Direito Penal. O princípio da intervenção mínima, que limita as atividades do legislador, proíbe que o Direito Penal interfira nas relações, protegendo bens que não sejam vitais e necessários à manutenção da sociedade. A lei, portanto, é a bandeira maior do Direito Penal. Sem ela, proibindo ou impondo condutas, tudo é permitido.’’

²⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022, p. 156. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

Ademais, de forma concisa e direta, o professor destaca “ é o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal.”, além disso, podemos vislumbrar, por Miguel Reale Jr²⁷, como o ramo se lastreia no princípio supracitado.

“No Direito Penal, especialmente, passa a ser não só essencial, mas verdadeiramente dramático, conciliar a visualização dinâmica e concreta do Direito com a necessidade de atendimento à certeza e à segurança jurídica. Isto porque o Direito Penal está arrimado no princípio básico da legalidade. A interpretação evolutiva e a imperiosa exigência de que o Direito esteja ancorado à realidade própria do momento histórico em que é aplicado conduzem a que se busque estabelecer critérios asseguradores da reserva legal e da taxatividade, sem olvidar o dinamismo do fenômeno da normatividade entendido como processo.”

Além do mais, o autor²⁸ relaciona a relação entre os valores da sociedade e a norma jurídica que a tutela:

As normas jurídicas têm, segundo Scheler, um conteúdo concreto representando situações fundadas em valores, ou seja, alicerçadas em objetos ideais significativos de validade necessária, essências de valor, cognoscíveis por intuição intelectual. Deve haver uma referibilidade ao plano histórico, no qual as exigências axiológicas se atualizam como ação concreta.

Os valores têm, a nosso ver, um significado concreto, e as normas, que os visam tutelar, são formas pelas quais se expressam um conteúdo objetivo historicamente atualizável. Malgrado tenham validade objetiva e necessária, não possuem objetividade abstrata, mas atuam em nossa vida, exercendo uma função vital.

Assim, uma conduta moralmente questionável e, que por certo, é considerada asquerosa por muitos, não será um tipo penal se assim não for vontade da sociedade. Entretanto, a meu ver, a conduta apontada neste trabalho, carece notoriedade entre a população, por diversos fatores: o caso brasileiro, do médico Roger Abdelmassih, foi

²⁷ JR., Miguel R. Fundamentos de Direito Penal. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2020, p. 56. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²⁸ *idem*

soterrado pelos diversos outros crimes cometidos por ele; a mídia brasileira não cobriu os casos descobertos no exterior; a população brasileira não ter noção da existência de empresas que realizam o mapeamento genético.

Todos esses fatores contribuem para que um problema que afeta a sociedade, não somente um indivíduo como já demonstrado, moralmente questionável, certamente criminoso (tendo em vista a posição tomada pelos países que tiveram esse ato exposto e que será discutida posteriormente), não seja de fato acobertado pelo manto do Direito Penal brasileiro.

Assim, o tipo penal surge do próprio princípio da reserva legal, que obriga o legislador a criar uma lei para caracterizar algo como crime, tornar uma conduta típica “quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissiva ou omissiva) com o fim de proteger determinado bem, cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito, surge o chamado tipo penal.”(GRECO, 2022)²⁹. Então, o tipo penal é uma conduta caracterizada, por lei, como crime, o Estado decide tornar aquele modelo de ação, típico.

Miguel Reale Jr. deixa claro que é papel do legislador garantir que as condutas reprovadas pela sociedade sejam transformadas em fato típico:

“ O legislador constrói os modelos jurídicos a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa.

Cabe ao legislador examinar os dados empíricos, que já possuem uma ordem e um sentido intrínseco, objetivando e racionalizando a tipicidade imanente, construindo-a abstratamente e ajuizando-a com base em um valor que se coloca como um fim a ser alcançado.”

²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022, p. 249. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

André Estefam³⁰ aponta que o fato típico é caracterizado em razão da espécie do crime, dividindo-o assim entre crimes dolosos e culposos:

“Nos dolosos são: a) conduta dolosa; b) resultado (nos crimes materiais); c) nexo causal (nos crimes materiais); d) tipicidade; e) relação de imputação objetiva (elemento normativo implícito do fato típico).

Nos culposos, por outro lado: a) conduta voluntária; b) resultado involuntário; c) nexo causal; d) tipicidade; e) relação de imputação objetiva (elemento normativo implícito do fato típico); f) quebra do dever de cuidado objetivo; g) previsibilidade objetiva.”

Para a continuação do trabalho, será necessário pormenorizar os elementos do fato típico, dito isso, a conduta será o primeiro dos elementos esclarecidos. A conduta é a manifestação humana na realidade, o agir, e até mesmo o não agir. Rogério Greco³¹ indica que a conduta:

“...compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda doloso (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposo (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).”

Outrossim, a conduta é dividida em três elementos: exteriorização da vontade; consciência e voluntariedade. Portanto, a conduta do agente deve, necessariamente, adentrar o mundo real, não bastando que seja somente uma ideia para a caracterização

³⁰ ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022, p. 264. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

³¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022, p. 242. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

de ato criminoso, também, deve existir a consciência de que o ato praticado e, por fim, deve ser feito de forma voluntaria pelo autor³²

“Para que o agente possa ser punido pelo Estado é preciso que, além de querer cometer a infração penal, exteriorize sua vontade, praticando atos de execução tendentes a consumá-la. Caso contrário, se permanecer tão somente na fase da cogitação ou na de preparação, sua conduta não terá interesse para o Direito Penal”.

No mesmo sentido³³:

“Significa que, enquanto a ideia criminosa não ultrapassar a esfera do pensamento, por pior que seja este, não se poderá censurar criminalmente o ato. Se uma pessoa, em momento de ira, deseja conscientemente matar seu desafeto, mas nada faz nesse sentido, acalmando-se após, para o direito penal a ideação será considerada irrelevante. Pode-se falar, obviamente, em reprovar o ato do ponto de vista moral ou religioso, nunca, porém, à luz do Direito Penal.

Por outro lado, só entram no campo da ilicitude penal os atos conscientes. Se alguém pratica uma conduta sem ter consciência do que faz, o ato é penalmente irrelevante (ex.: fato praticado em estado de sonambulismo ou sob efeito de hipnose).

A conduta, ademais, deve refletir um ato voluntário do agente, isto é, algo que seja o produto de sua vontade consciente.”

Similarmente, analisaremos os demais elementos do fato típico. O resultado é, por óbvio, o desenlace da conduta do agente, portanto, um tiro na cabeça tem como conclusão, na maioria esmagadora das vezes, o fim da vida. Nada mais é do que o pretendido pelo agente na conduta dolosa e o previsível na culposa.

³² *Idem*, p. 248

³³ ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. .São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022, p. 265. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

O Código Penal no artigo 13 define que os crimes somente podem ser imputados a quem deu causa ao resultado, o nexo de causalidade é a existência entre a conduta e o resultado, segundo Greco³⁴:

“O nexo causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador.”

Por fim, o conceito de tipicidade será demonstrado por Miguel Reale Jr.:

“A teoria da tipicidade vem a ser a elaboração científica e técnica do princípio do *nullum crimen sine lege*, exercendo de forma mais segura a função da garantia.

A tipicidade consiste na congruência entre a ação concreta e o paradigma legal, e o tipo legal de crime constitui um modelo, uma formulação geral e abstrata de ação possível à qual se comina uma pena.”

Ainda, divide-se a tipicidade em duas, a formal e a conglobante. Sendo a tipicidade formal quando o agente segue *ipsis literis* a conduta descrita no tipo penal “Tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal.” (GRECO, 2022)³⁵.

A conglobante, é a adequação da ação do agente sem que existam excludentes de ilicitudes³⁶:

³⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022, p. 305. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

³⁵ *Idem*, p. 128.

³⁶ ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022, p. 286. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

“Portanto, na análise conglobada do fato com todas as normas jurídicas, inclusive extrapenais, situações consideradas tradicionalmente como típicas, mas enquadráveis nas excludentes de ilicitude (exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal), passariam a ser tratadas como atípicas, pela falta de tipicidade conglobante.”

Desta feita, a tipicidade conglobante exige uma análise pormenorizada do fato questionando-se a real intenção do legislador ao criar o tipo penal, a exemplo³⁷:

Temos de formular uma outra pergunta: Será que o legislador, ao criar o delito de furto, quis proteger todo e qualquer tipo de patrimônio, ou se preocupou somente com aqueles que, efetivamente, tivessem alguma importância?

Como resposta a essa pergunta, trazemos à colação os ensinamentos de Carlos Vico Mañas:

“Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.”

A partir disso percebe-se que os crimes existentes no Código Penal não se encaixam às ações praticadas por estes médicos. Como dito anteriormente, a tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei Penal.

Por exemplo o crime de estelionato previsto no artigo 171 do CP

³⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022, p. 130. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

“ Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:”

Pode-se pensar que o crime de estelionato se encaixa na conduta descrita nesse trabalho, entretanto, ao verificar o Código Penal percebe-se que este crime se encontra no “Título II: Dos crimes contra o patrimônio”. Portanto, claramente a intenção do legislador nada tinha a ver com a proteção da dignidade sexual, que seria o título que a conduta se encaixa. Por conseguinte, a vantagem ilícita obtida para si se trata de vantagem econômica, assim preleciona Greco:

“A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a expressão vantagem ilícita abrange qualquer tipo de vantagem, tenha ou não natureza econômica. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado:

“Prevalece o entendimento doutrinário de que a referida vantagem não necessita ser econômica, já que o legislador não restringiu o seu alcance como o fez no tipo que define o crime de extorsão, no qual empregou a expressão indevida vantagem econômica.”

Permissa vênua, não podemos concordar com essa posição, amplamente majoritária, assumida por nossa doutrina. Isso porque, conforme já esclarecemos ao levar a efeito o estudo do delito tipificado no art. 159 do Código Penal, não podemos analisar os tipos penais isoladamente, como se fossem estrelas perdidas, afastadas de qualquer constelação. Por isso, não podemos abrir mão, conforme já assinalado naquela oportunidade, da chamada interpretação sistêmica. Dessa forma, encontrando-se o tipo penal que prevê o delito de estelionato inserido no Título II do Código Penal, correspondente aos crimes contra o patrimônio, o raciocínio não poderia ser outro senão o de afirmar que a vantagem ilícita, obtida pelo agente, deve ter natureza econômica. Assim, qualquer vantagem economicamente apreciável poderá se amoldar ao delito em estudo, seja ela a obtenção de coisa móvel, imóvel, direitos pertencentes à vítima, enfim, qualquer vantagem em que se possa apontar a sua essência econômica.”

E, completa:

“Além da vantagem ilícita obtida pelo agente com o seu comportamento, a vítima sofre prejuízo, também, de natureza econômica. Assim, poderá tanto perder aquilo que já possuía, a exemplo daquele que entrega determinada quantia ao

estelionatário, ou mesmo deixar de ganhar o que lhe era devido, como no caso da vítima que, enganada pelo agente, não comparece, sendo obrigatória a sua presença, ao local onde receberia uma premiação, perdendo tal direito, que foi transferido ao agente, segundo beneficiado na lista de premiações.’’

Posto isto nota-se que a fraude nos métodos de reprodução assistida não se encaixa no fato típico estelionato.

Nesse desenrolar, existe um crime que também pode-se pensar como adequado para encaixar as ações descritas, seria ele o de violência sexual mediante fraude, previsto no artigo 215 do CP ‘‘Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima’’. Apesar disso, refletindo a respeito da redação do tipo penal observa-se que ele não se encaixa de fato com a ação. Não se encaixa, pois, os elementos linguísticos presentes no texto não condizem com a realidade, Rogério Greco³⁸ aponta os elementos presentes e explica-os:

‘‘O verbo ter, utilizado pelo art. 215 do Código Penal, pode ser entendido, agora, no sentido de que tanto o homem quanto a mulher podem praticar o delito em estudo quando a finalidade for a conjunção carnal, desde que estejamos diante de uma relação heterossexual. Assim, por exemplo, uma mulher pode valer-se do emprego de fraude para ter conjunção carnal com um homem, ou seja, fazer com que ocorra a penetração vaginal, da mesma forma que um homem pode usar do mesmo artifício para ter conjunção carnal com uma mulher. Em suma, a conjunção carnal pressupõe, sempre, uma relação heterossexual.

Com as modificações levadas a efeito no art. 215 do Código Penal pela Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, foi inserida no tipo penal em exame a conduta de praticar outro ato libidinoso, vale dizer, qualquer outro ato sexual, capaz de aflorar a libido, que não seja a conjunção carnal, a exemplo do que ocorre com a penetração anal, o sexo oral, a masturbação etc.’’

³⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 213 a 361 do código penal. v.3. Barueri, SP: Grupo GEN, 2023, p. 54. E-book. ISBN 9786559774319. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774319/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

Conseqüentemente, a conjunção carnal é caracterizada pelo ato sexual com penetração, caso que, não ocorre nos episódios de fraude nos métodos de reprodução assistida. Outrossim, o ato libidinoso é determinado pelo ato sexual, sem penetração, ou seja, qualquer ação que venha a originar prazer sexual naquele que o pratica.

Ademais, o tipo penal exige a prática de fraude, de forma que o consentimento da vítima seja viciado³⁹ “se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocado da realidade.”

Apesar de existir a indução ao erro na fraude nos métodos de reprodução assistida, não existe o ato de conjunção carnal e, dificilmente se pode provar a presença de ato libidinoso, tendo em vista a complexidade do ato, já que, possivelmente o ato é cometido para alimentar devaneios psicológicos do agente.

Finalmente, infere-se que os tipos penais existentes no Direito Penal brasileiro não se enquadram com a ação descrita, irrompe então, naqueles médicos depravados, a sensação de impunidade de que suas ações dificilmente serão rastreadas e, mesmo que sejam, as punições não serão de fato severas. No mundo, surgem cada dia mais casos similares, porém, no Brasil, dificilmente se tem notícia e, sequer sabemos quão enraizado está essa questão na sociedade brasileira.

³⁹ *Idem.*

3 A REPOSTA À FRAUDE NOS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1 As legislações propostas nos Estados Unidos da América

Os escândalos americanos tiveram tamanha repercussão que disseminaram no país uma onda legislativa para tratar a respeito do tema. Contrário ao que acontece no Brasil, os estadunidenses presenciaram os dramas causados pela prática, não somente uma vez mas também em escala muito maior que ao caso brasileiro. Possivelmente, a grande cobertura midiática possibilitou que diversos outros casos fossem descobertos, corroborando para que famílias despertassem o interesse em descobrir suas origens genéticas.

Diversos Estados americanos já possuem legislação penal e civil a respeito das fraudes, alguns discutem textos legislativos e outros sequer possuem propostas legislativas.

Dito isso, é necessário fazer uma breve explicação a respeito do sistema judiciário americano. ‘*Felonies*’ são crimes, mais especificamente crimes que tenham como pena a possibilidade de encarceramento, além disso, é necessário que o tempo encarcerado supere 1 (um) ano. Entretanto, nem todos os estados americanos adotam essa definição, essa aparente heterogenia definitiva ocorre em razão do sistema de governo adotado pelo país.

A constituição americana confere aos seus estados o poder de legislar a respeito de praticamente qualquer assunto, cabendo a União legislar a respeito de regras gerais. Por esse motivo que alguns estados contam com pena de morte e outros não e, por esse mesmo motivo que alguns estados têm definições diferentes para o que seria ‘*felonie*’.

Além dos crimes caracterizados como ‘*felonies*’ existem também os chamados de ‘*misdemeanors*’ esses possuem, geralmente, período de encarceramento inferior a

um ano, além de ser diferente o local que o indivíduo fica encarcerado, enquanto nesses o tempo cumprido é em uma prisão local, naqueles o tempo é cumprido em prisão Estadual ou Federal. Ademais, a perda de direitos civis é uma característica dos crimes caracterizados como ‘*felonies*’.

Posto isso, alguns Estados possuem diferenciações entre os crimes (a partir daqui crimes se referenciarão a *felonies*) sendo elas ‘A, B, C...’ ou ‘1, 2, 3’, o importante é que quanto menor a letra ou o número piores serão as consequências enfrentadas pelo criminoso.

São 10 (dez) os estados americanos que possuem legislações a respeito do assunto, sendo que todos eles previram sanções criminais e civis, caracterizando o ato como crime além de oportunizar às vítimas que busquem outras medidas legais para obter os seus direitos.

O estado do Arkansas separou o ato em dois crimes: abuso no tratamento de fertilidade; e, fraude no tratamento de fertilidade. O primeiro, demonstra uma relação entre o médico que realiza o tratamento e o paciente, ou seja, aquele profissional que sabidamente utiliza material humano reprodutivo sem o consentimento do paciente, enquanto o segundo aponta como fraudulento o ato que atenta contra a qualidade do material usado ou que deturpa a identidade do doador. Desta forma, no segundo, não é exigida a existência de relação médico paciente. Aquele, é considerado um crime classe B enquanto este é classe C, portanto percebe-se a seriedade que o estado deu ao problema, tendo em vista que os crimes classe A contam com penas maiores que 30 anos e até perpétua.

Obviamente que, o primeiro crime, por apresentar uma relação de maior proximidade e confiança entre as partes, apresenta uma punição mais severa do que o segundo. Além disso, é possível que a vítima busque na justiça reparação civil.

Já o estado do Arizona, legislou de maneira mais simplista e enxuta, não separou o crime em duas vertentes e sim generalizou a conduta para aqueles que, envolvidos no processo de reprodução assistida, usam material genético, sabidamente diferente daquele acordado entre as partes e para os que deveriam saber a procedência da amostra

utilizada. O agente que comete este crime no estado do Arizona está intitulado a pagar uma multa de U\$ 10.000,00, ademais, a fraude é classificada como um crime classe 6 que, no estado é a menor, prevê pena de 4 meses a 5 anos.

Deste modo, nota-se que, apesar de constar multa na legislação deste estado, a pena privativa de liberdade é muito menor que a do estado anterior, sendo que, as reparações pecuniárias neste estado são limitadas, enquanto naquele ficará a critério do juiz e da parte afetada caso decida buscá-la.

Desta feita, o estado do Arizona parece ter levado o problema menos a sério, entretanto, é importante salientar que normalmente nos casos de fraude nos meios de reprodução assistida a quantidade de vezes que o ato é cometido beira o absurdo e, no fim, décadas seriam ceifadas da liberdade do agente.

De outra maneira, o estado da Califórnia pareceu dar muito mais atenção a reparação pecuniária do que os outros dois, neste, a multa para aquele que usa ou insemina artificialmente paciente com material genético anômalo ao que foi consentido, pagará uma multa de até U\$ 50.000,00. Entretanto, vale notar que nesse caso não é a vítima devido o valor e sim ao estado, sendo que a multa pode ser aplicada alternativamente ou concomitantemente a pena privativa de liberdade.

O estado não deixa claro se a vítima pode ou não buscar reparações civis, mas, pelo simples fato de não proibi-la me parece ser plenamente plausível que os afetados busquem reparação financeira pelo dano e sofrimento causado.

O estado do Colorado, caracterizou o crime como sendo de classe 6, prevendo pena de 18 meses de encarceramento, multa de U\$ 1.000,00 até U\$ 100.000,00, além de considerar razoável que a vítima seja compensada monetariamente pelo autor em até U\$ 50.000,00.

Por outro lado, o estado da Florida separa novamente a conduta em duas, assim como o Arkansas e, do mesmo modo, prevê penas mais severas para o médico ou profissional responsável que usa o seu material genético para cometer o crime, deste modo, aquele que envolvido no processo troca o material genético comete um crime de

classe 3, enquanto aquele que, envolvido no processo, usa o seu material genético comete um crime classe 2, com penas privativas de liberdade de até 15 anos. Além disso, prevê multa para as duas modalidades de crime.

Passa a se perceber que certos estados se preocupam mais em minuciar a conduta praticada pelos agentes enquanto outros tendem a generalizá-la e compensar essa generalização de forma monetária, seja para o estado seja para os afetados.

O estado de Indiana caracterizou o crime como o uso de material genético sem o consentimento expresso do paciente e, desta forma, estabeleceu-o como classe 6 e abriu a possibilidade de ação civil. Determinou o prazo de decadência de 10 anos após os 18 anos ou 5 anos após o descobrimento da fraude.

Iowa trouxe uma visão completamente diferente dos estados anteriores. O estado decidiu caracterizar o ato realizado pelo médico ou profissional como um crime sexual, enquanto a omissão do uso de material genético análogo é qualificada como um tipo de fraude. Além disso, foi determinado que quando a relação entre a criança e o profissional for comprovada por teste de DNA, origina no agente o dever de pagar a ela pensão alimentícia e arcar com os custos educacionais posteriores ao que no Brasil seria o ensino médio.

Porém, a meu ver, o estado errou ao caracterizá-lo como crime sexual. Os atos realizados pelos profissionais, são difíceis de serem determinados como sexuais, somente o indivíduo que viola a liberdade de escolha de seu paciente saberá dizer por qual motivo específico o fez, talvez não tenha feito por lascívia, talvez o tenha realizado por sentir-se no poder de realizá-lo, não é possível dizer. Por esse motivo, caso me fosse dado o poder de determinar seu lugar no Código Penal brasileiro o agruparia ao capítulo VI do CP, mais precisamente junto aos crimes contra a liberdade individual. Me parece mais importante defini-lo como tal do que buscar na mente repugnante do agente qual motivo o levou àquilo, tendo em consideração a impossibilidade fática de o fazê-lo.

André Estefam⁴⁰ caracteriza que o capítulo tem enfoque em proteger a liberdade de escolha dos indivíduos:

“O presente capítulo erige como foco de proteção a liberdade individual das pessoas, o que compreende o direito de livre escolha e ação, ou, em outras palavras, a possibilidade de adotar decisões próprias e atuar dentro das alternativas juridicamente possíveis.

Deve-se ponderar que mencionada proteção insere-se na esfera de penalização constitucionalmente compulsória ou, em outras palavras, no rol de direitos fundamentais que não de ter, obrigatoriamente, a tutela (não exclusiva) do Direito Penal.

Diversos dispositivos de nosso Texto Maior dão respaldo a essa assertiva. Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos de nossa República (art. 1º, III). Faz-se oportuna, neste diapasão, a lição de Canotilho: “... perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais.”.

Assim, me parece plenamente plausível caracterizar o crime como atentatório a livre escolha individual.

Kentucky determina que o uso indevido do material genético pelo profissional de saúde é considerado um crime classe D, e abre a possibilidade de que as vítimas busquem reparações na esfera cível. Ademais, também oportuniza ao doador ingressar com ação criminal e cível nos casos em que o seu material genético é usado sem seu consentimento.

⁴⁰ ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 2. São Paulo, SP, p. 391: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596564. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596564/>. Acesso em: 28 abr. 2023.

Assim como Iowa, o estado do Texas considera o ato como crime sexual, e determina que a sua prática é considerada uma agressão sexual de classe 2.

3.2 A tentativa brasileira de legislar

Até 2023 o Estado brasileiro não conta com nenhuma legislação específica a respeito do objeto deste trabalho. Entretanto, em 2015 um projeto de lei foi proposto, porém, até hoje não obteve aprovação do sistema legislativo.

O projeto de lei 115/2015 trata, de forma geral, a respeito da reprodução assistida, não somente das práticas imorais e contrárias aos costumes, ela visa, também, gerenciar as especificações e os trâmites que devem ser seguidos pelas pessoas envolvidas no processo de reprodução assistida.

Prontamente, o projeto elenca os princípios que possui como base, por óbvio, segue os princípios básicos apresentados na Magna Carta, assim, deve o profissional da saúde respeitar a vida, igualdade, dignidade da pessoa humana, interesse do menor, proteção da família, autonomia da vontade, boa-fé objetiva e a transparência.

De início, vale apontar qual a importância e a relação de alguns desses princípios com o tema debatido. Alexandre de Moraes⁴¹ demonstra a função precípua do princípio da dignidade da pessoa humana:

“Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República³⁷ obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos

⁴¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, RJ, p. 15: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.’’

Assim, o lastro do direito brasileiro atual é o princípio da dignidade humana e, de maneira acertada, o projeto de lei o tem como pilar fundamental. Toda a sociedade e legislações advindas dela devem operar em concordância com esse princípio, a fim de garantir segurança jurídica e o devido cumprimento da Constituição de 1988 que, custosamente, trouxe ao Brasil democracia e igualdade entre a população.

Em minha visão, o princípio supracitado e o da autonomia da vontade humana são os mais afetados pelos atos descritos. Pedro Lenza⁴² descreve a autonomia da vontade e sua relação com outros indivíduos, apontando sua influência no âmbito jurídico:

“O inciso II do art. 5.º estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o particular e para a administração. Vejamos:

No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado.’’

Dessa maneira, fica claro que o uso indevido do material genético sem o consentimento do paciente confronta diametralmente o inciso II do artigo 5º da Lei Maior. Ademais, mesmo não sendo proibido por lei, viola a autonomia e a dignidade da pessoa que tem sua liberdade de escolha afastada.

Além disso, os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, sendo que esse deriva daquele, demonstram que o cidadão deve agir conforme os valores éticos e morais da sociedade. Desta forma, atuar de maneira correta e ilibada tangencia a boa fé e a

⁴² LENZA, Pedro. Direito constitucional. (Coleção esquematizado®). São Paulo, SP, p. 573: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624900. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624900/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

transparência. Igualmente, agir contrariamente confronta o esperado de um profissional que exala confiança ao seu paciente e requer dele confiança. Essa traição de confiança, a meu ver, é o ponto principal da conduta do agente e o que dá luz as angústias que virão.

“Art. 43. Para garantir a transparência e conhecimento do tratamento em todas as suas fases, são direitos dos pacientes:

I – direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após conhecimento de seus riscos e implicações;

II – direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico e da clínica ou hospital que lhe presta esse serviço de saúde;

III – direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter, incluindo a possibilidade de haver embriões excedentários e a necessidade de determinar seu destino, após ter ocorrido o sucesso ou não com o procedimento escolhido;

IV – direito à informação sobre as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases;”

O artigo 43 do PL 115/2015 elenca os direitos do paciente e, conseqüentemente os deveres do profissional de saúde, todos eles com fulcro nos princípios supracitados e em concordância com a Constituição Federal.

Ainda, positiva esses deveres que já estavam subentendidos no artigo anterior:

“Art. 45. O médico habilitado para aplicar as técnicas reprodutivas terá:

I - o dever de agir com lealdade e respeito, tanto em relação ao paciente, quanto com relação às vidas em concepção;

II - o dever de empregar todo o conhecimento técnico necessário para a boa consecução dos fins almejados na reprodução;

III - o dever de prestar todas as informações necessárias com relação ao procedimento empregado, em especial, quanto aos riscos dele derivados;”

O projeto de lei ainda veda diversas práticas que o médico pode vir a praticar, proibindo qualquer ato que não tenha como fim a reprodução humana. Desta forma, seleção genética, eugenia ou terapia genética são terminantemente proibidos, e fogem totalmente do escopo objetivado com a criação dessas técnicas reprodutivas. Ademais, é possível perceber que a proibição dessas práticas tem como objetivo evitar que se repitam os atos realizados pelos médicos nazistas durante a segunda guerra mundial, em que se buscava uma justificativa biológica para sua ideologia.

Por conseguinte, o projeto também cria sanções para os médicos que violem seus princípios:

“Art. 54. O médico que conduzir o tratamento de reprodução humana assistida utilizando uma de suas técnicas responderá, civil e criminalmente, por ato que viole os deveres contratuais estabelecidos entre as partes ou que, de qualquer outra forma, desrespeite os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva ou da autonomia da vontade.

Art. 55. O médico responderá pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade.”

Seguindo, o projeto elenca as penas previstas pelas condutas descritas neste trabalho:

Art. 92. Proceder à aplicação de qualquer técnica de reprodução assistida sem a concordância manifestada expressamente por todos os envolvidos e beneficiários no termo de consentimento informado. Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 93. Utilizar, de forma fraudulenta ou enganosa, material genético de pessoa que não concordou expressamente com a doação. Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 94. Utilizar material genético de doador (a) sem a autorização manifestada expressamente em documento de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários que se submetem às técnicas médicas reprodutivas. Pena – Reclusão de três a oito anos

A proposta legislativa concorda, de certa maneira, com o proposto pelos estados americanos e, ainda sim, é mais completa que a de muitos dos que foram demonstrados.

Porém, sinto que ela deixou de condenar o que, a meu ver, é a mais vil prática: não penalizou de forma mais severa o médico que usa o seu próprio material genético. As penas aplicadas, de maneira alguma são brandas, entretanto, creio ser necessário criar um tipo penal específico e mais severo para esse caso.

O indivíduo que utiliza o seu próprio material genético vai além daquele que somente o substitui por outro, ele faz uso da confiança que foi dada a ele pela vítima, portanto, sua pena não deve ser semelhante àquele que realiza a substituição. O ato é confuso a mente do observador, não podemos nos pôr no lugar de uma mente tão deturpada, desta forma, não podemos também dizer qual a natureza dele. Todavia é, de maneira objetiva, um adicional a conduta descrita no Projeto e, por isso, deveria existir uma conduta específica com punições mais severas.

Por fim, acredito que o projeto de lei abarca as especificidades dos atos, mesmo que carente ele elenca as principais ações imorais e será apto a proteger as vítimas desses futuros crimes. Caso o projeto venha a ser aprovado, o Brasil contará com uma forte arma legislativa capaz de suprir a lacuna existente, além disso, pode-se dizer que estaremos em pé de igualdade com a maioria dos estados americanos quando se trata de combate à fraude nos métodos de reprodução assistida.

4 BILIOGRAFIA

BOFFEY, Daniel. Netherlands fertility doctor used own sperm to father 21 children. The Guardian, Bruxelas, 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/feb/02/netherlands-fertility-doctor-jos-beek-father-21-children#:~:text=Beek%20is%20the%20third%20fertility,biological%20father%20of%2017%20children.>

DUNN, Cheyenne. "Fertility Fraud and Proposal for Florida Legislation," Child and Family Law Journal: Vol. 8. Article 6, p. (1-32), 27 de março de 2020. Disponível em: https://lawpublications.barry.edu/cflj/vol8/iss1/6?utm_source=lawpublications.barry.edu%2Fcfllj%2Fvol8%2Fiss1%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

HANSEN, Grace. Case dismissed against retired Idaho Falls doctor who used his own sperm to inseminate patient. East Idaho News. 11 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.eastidahonews.com/2021/05/case-dismissed-against-retired-idaho-falls-doctor-who-used-his-own-sperm-to-inseminate-patient/>

Judge approves settlement in case of disgraced Ottawa fertility doctor. CBC News, 1 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/disgraced-fertility-doctor-norman-barwin-1.6232776>

MADEIRA, L, Jody. Understanding illicit insemination and fertility fraud, from patient experience to legal reform. Artigos por *Maurer Faculty*. p. 1-96. 2020, disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2902/>

MOORHEAD, Joanna. The man who may have secretly fathered 200 children. The Guardian, 15 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/jul/15/the-man-who-may-have-secretly-fathered-200-children>

OLSEN, Lise. Conception deception. Texas Observer, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.texasobserver.org/fertility-fraud-east-texas-kim-memorries/>

RENDA, Matthew. Lawsuit claims Doctor inseminated patient with his own sperm. Courthouse News, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.courthousenews.com/lawsuit-claims-doctor-inseminated-patient-with-his-own-sperm/>

YUKO, Elizabeth. The first artificial insemination was an ethical nightmare. The Atlantic, 6 de Janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/health/archive/2016/01/first-artificial-insemination/423198/>

ZAVERI, Mihir. A fertility doctor used his sperm on unwitting women. Their children want answers. The New York Times, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/08/30/us/fertility-doctor-pregnant-women.html>

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

JR., Humberto T. Negócio Jurídico. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. Responsabilidade civil. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

DINIZ, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 978655598650. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655598650/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

JR., Humberto T. Dano Moral, 8ª edição. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530972295. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

JR., Miguel R. Fundamentos de Direito Penal. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 978655596540. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655596540/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, RJ. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

LENZA, Pedro. Direito constitucional. (Coleção esquematizado®). São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624900. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624900/>. Acesso em: 29 abr. 2023



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Arthur César Tognella de Rosa
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (31846238), período (10º), turma (10A), tendo realizado o TCC com o título: Paraíso da reprodução: o silêncio perante a fraude na reprodução assistida sob a orientação do(a) Professor(a) Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de maio de 2023 .

