

MARLI RODOVALHO DE SOUZA

**DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO E O FILHO CONCEBIDO POST MORTEM**

Taguatinga - DF
2009

MARLI RODOVALHO DE SOUZA

**DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO E O FILHO CONCEBIDO POST MORTEM**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. MSc. Edgard Francisco Dias Leite.

Taguatinga - DF
2009

Ficha catalográfica

S729 Souza, Marli Rodovalho de
Da omissão legislativa no direito sucessório brasileiro e o filho concebido *post mortem* / Marli Rodovalho de Souza.
– Taguatinga: [s.n.], 2009
68 f. ; 30 cm

Trabalho apresentado à Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC, graduação em Direito, 2009
Orientador: Edgard Francisco Dias Leite

1. Direito de sucessão. 2. Reprodução humana assistida.
I. Título.

CDU 347.65

MARLI RODOVALHO DE SOUZA

**DA OMISSÃO LEGISLATIVA NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO E O FILHO CONCEBIDO POST MORTEM**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas, - FACITEC, pela seguinte banca examinadora:

Taguatinga - DF, /11/2009.

Prof. MSc. Edgard Francisco Dias Leite
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
Presidente

Profª. Dayanne Kelly Leite Azêvedo
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
1º Examinador

Profª. Denise Bastos Moreira
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
2º Examinador

Dedico este trabalho a todos os que, de alguma maneira, me incentivaram nesta jornada, ao mesmo tempo gratificante e penosa, cujo fim representa a possibilidade de início de uma nova etapa do caminho a ser trilhado para o aperfeiçoamento do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Árdua é a tarefa de agradecer, pois resta sempre a sensação de ingratidão diante de tantos merecedores de nosso reconhecimento e que não são aqui citados. Àqueles não mencionados neste momento, peço desculpas e ofereço meus agradecimentos sinceros!

Agradeço a Deus por me proporcionar sempre o melhor para o meu desenvolvimento.

A minha mãe, pessoa que encerra todos os predicados contidos nessa palavra e que vive unicamente para apoiar seus filhos, especialmente esta filha, que resolveu encarar esse desafio, impossível de se realizar sem seu suporte moral, emocional e material.

Ao meu pai (*in memorian*), que apesar de ter partido tão cedo, marcou tão fortemente a vida daqueles que amava e me deixou como legado o gosto pela busca do conhecimento jurídico.

Aos meus filhos, Vitor e Nádyá, grandes companheiros, duas dádivas divinas que me recompensam todos os dias quando percebo que não se deixaram sucumbir pelos valores fúteis do mundo globalizado, externando em suas atitudes os princípios para um exercício de vida fundado em base sólida.

À minha irmã Maricélia, que me prestou um auxílio inestimável na condução deste trabalho.

Ao meu companheiro Alberto Dumont, por todo o carinho e apoio oferecido nesses cinco anos.

Ao Professor MSc. Edgard Francisco Dias Leite, que foi de fundamental importância na conclusão dessa etapa de minha graduação, conduzindo com dedicação e sabedoria a orientação deste trabalho. Ao Dr. Fernando Rego, que sempre me atendeu com presteza e cortesia.

A todos, muito obrigada!

“... a justiça é antes uma palavra emocional, suscetível de inclinar os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e de tempo.”
Miguel Reale

RESUMO

Em conseqüência ao acelerado ritmo do progresso científico, a inseminação artificial homóloga *post mortem* é uma possibilidade real nas práticas médicas na atualidade. O uso da técnica conta com previsão legal, conforme os termos expressos no inciso III do art. 1.597 do Código Civil brasileiro. Todavia, o legislador, ao legitimar a possibilidade de uso de técnica de reprodução assistida para procriação *post mortem*, não previu as conseqüências jurídicas quanto aos direitos de sucessão do filho concebido por esse meio. O presente trabalho visa demonstrar os prejuízos decorrentes da omissão e da morosidade da atividade legislativa causados ao filho concebido *post mortem* no que se refere à sucessão, bem como a necessidade de regulamentar a questão de forma a permitir ao Direito, observando as suas especificidades, o acompanhamento desse desenvolvimento, com vista ao aproveitamento das melhorias na qualidade de vida humana proporcionado pelo avanço da ciência médica.

Palavras-chave: Inseminação artificial; Reprodução Humana Assistida; Direito de Sucessão.

RÉSUMÉ

En conséquence à l'accélération des progrès scientifiques, la insémination artificielle homologue *post mortem* est une possibilité réelle dans le contexte actuel des pratiques médicales. L'utilisation de la technique a prevision legal, comme le prévoit l'incise III de l'art. 1597 du Code Civil. Toutefois, le législateur, au moment qu'il a légitimé la possibilité d'utiliser la technique de reproduction assistée de la procréation *post mortem*, n'a pas prévu les conséquences juridiques sur les droits de succession de l'enfant conçu de cette façon. Ce document vise à démontrer les pertes résultant de la défaillance et la durée de l'activité législative a causé à l'enfant conçu *post mortem* par rapport à la succession et la nécessité de réglementer la question pour permettre à la loi, en prenant note de ses caractéristiques, suivi du développement pour le bénéfice de l'amélioration de la qualité de vie offerte par la promotion de la science médicale.

Mots-clé: Insémination Artificielle, Reproduction Humaine Assisté ; Droit de Succession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1. Justificativa	9
1.2 Objetivo Geral	10
1.3 Objetivos Específicos	10
1.4 Procedimento de coleta	11
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	12
2.1 Evolução Histórica	13
2.2 Das Técnicas de Reprodução Assistida	14
2.2.1. Inseminação Artificial Homóloga	16
3 DIREITO SUCESSÓRIO	19
3.1 Aspectos históricos	19
3.2 Conceito e Espécies	21
3.2.1 Conceito	21
3.2.2 Espécies de Sucessão	22
3.2.2.1 Sucessão legítima	23
3.2.2.2 Sucessão testamentária	23
4 FILIAÇÃO	25
5 DA OMISSÃO LEGISLATIVA	28
5.1 Quanto à regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida	28
5.1.1 O código civil de 2002	29
5.1.2 Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina	32
5.1.3 Projeto de Lei n. 90/1999 ..	33
5.2 Quanto à regulamentação dos direitos de sucessão filho concebido <i>post mortem</i>	35
6 DO DIREITO ALIENÍGENA.....	38
6.1 No direito Francês	38
6.2 No direito Alemão.....	39
6.3 No direito Espanhol	39
6.4 No direito Português	40
6.5 No direito Inglês	40
6.7 No direito Estadunidense	41
7 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44
ANEXO A Projeto de Lei do Senado n.º 90/1999	47
ANEXO B Lei n.º 32/2006 de Portugal – Procriação medicamente assistida	59

1 INTRODUÇÃO

O uso de técnicas de reprodução assistida, inserido no Código Civil Brasileiro, e seus reflexos na ordem jurídica, social e científica são pontos de extremo interesse para os estudiosos do Direito. Todavia, considerando o incipiente conhecimento característico da graduação e a abrangência e complexidade do assunto, o presente trabalho destina-se a discutir, tão-somente, matéria relativa à omissão legislativa quanto à sucessão do filho nascido da hipótese de fecundação artificial homóloga após a morte do marido.

A pesquisa demonstrará que a origem da situação conflituosa de direitos se deu com a iniciativa do legislador de lançar no ordenamento jurídico a possibilidade do emprego das técnicas de reprodução humana assistida, por meio da inserção de dispositivos ao Código Civil de 2002, artigo 1.597, incluindo-as nas presunções de paternidade, sem nada mencionar sobre os demais direitos decorrentes das novas disposições legais.

O trabalho inicia-se com a apresentação dos aspectos técnicos concernentes às técnicas de reprodução humana assistida existentes na atualidade, descrevendo as modalidades e os benefícios que podem ser alcançados por meio de sua utilização.

Com o fito de contextualizar o objeto do presente trabalho, serão reservados dois capítulos à exposição da evolução histórica e definições acerca dos institutos da sucessão e filiação, respectivamente.

Em seguida, passa-se à apresentação da legislação vigente no que concerne ao direito de sucessão do filho concebido *post mortem*, bem como a proposta legislativa de regulamentação da matéria contida no Projeto de Lei n.º 90/1999, demonstrando o descompassado ritmo entre os avanços científicos e a regulamentação do exercício desse direito.

O direito alienígena será colacionado ao trabalho com vista a demonstrar o tratamento destinado à matéria na legislação de outros países.

1.1 Justificativa

Os estudos científicos na área da biotecnologia conduziram ao aparecimento de técnicas revolucionárias envolvendo a reprodução humana, com repercussão direta no mundo jurídico. Dentre essas técnicas, destaca-se a inseminação artificial homóloga *post mortem*, técnica de reprodução assistida que consiste na utilização do sêmen congelado para a fertilização da mulher após a morte de seu marido, legitimada pelo Código Civil Brasileiro, conforme disposição expressa contida no inciso III do art. 1.597.

A matéria, além de incitar a questionamentos no âmbito moral, ético, religioso e social, apresenta-se de grande interesse no contexto jurídico em face das lacunas existentes no ordenamento pátrio quantos aos direitos e obrigações decorrentes da utilização do método artificial de reprodução humana em comento, em especial quanto à proteção aos direitos sucessórios do filho nascido por meio de fecundação artificial homóloga *post mortem*.

1.2 Objetivo Geral

Pretende-se com esta pesquisa analisar o aspecto contraditório da legislação brasileira, que é objetiva quanto ao direito à aplicação da técnica de fecundação artificial homóloga *post mortem*, descrita no inciso III do art. 1.597, porém é omissa com relação ao direito subjetivo de sucessão do filho concebido após a morte de seu genitor, conforme se depreende da leitura do art. 1.798 do Código Civil, que assegura esse direito aos nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

1.3 Objetivos específicos

- a) Apresentar a existência de fundamento legal para a utilização da fecundação artificial homóloga *post mortem*;
- b) Evidenciar a inexistência de norma expressa regulamentando o direito sucessório ao filho gerado por meio de fecundação artificial homóloga *post mortem*;
- c) Destacar o descompasso entre a evolução da ciência médica frente às técnicas de reprodução assistida e o progresso do direito na regulação das questões advindas dessa matéria;

- d) Apontar a problemática incidente no direito sucessório decorrente da falta de normatização relativa ao direito de sucessão do filho nascido da fecundação póstuma.

1.4 Procedimento de Coleta

O estudo do tema proposto se dará por meio de pesquisas: bibliográfica e documental.

O método aplicado à pesquisa será o dedutivo, enfocando a análise da legislação e da doutrina relativa aos institutos sob pesquisa.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Mesmo com todas as transformações ocorridas no contexto social, a constituição de uma família ainda está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento da vida da espécie humana. Espera-se que o indivíduo nasça, cresça e que tenha filhos. Quando esse processo é interrompido pela incapacidade reprodutiva, são verificados relevantes prejuízos ao equilíbrio psíquico e emocional da pessoa.

Na esfera do matrimônio, a privação da capacidade de gerar filhos e garantir a descendência afeta diretamente a autoestima de cada um dos sujeitos dessa relação, interferindo negativamente no relacionamento conjugal e social pois, conforme esclarece Machado (2008, p. 23), a virilidade do homem e a realização do ser feminino ainda é associada ao êxito na concepção de filhos, fazendo com que a frustração na aspiração de procriar extrapole o âmbito da intimidade do casal, repercutindo no meio social.

Contemporaneamente, a dificuldade ou impossibilidade de procriação não representa óbice à pretensão de adquirir a condição de pai/mãe, pois o progresso biotecnológico faculta às pessoas inaptas à procriação, e que não se decidem pelo instituto da adoção, o uso de técnicas de reprodução assistida para verem realizado o anseio de possuir uma prole.

Os avanços apresentados pela medicina apontam para uma solução do problema da infertilidade no aspecto fisiológico, mas, em trajetória oposta, produzem uma variedade de complexas situações jurídicas, as quais permanecem carentes de respostas com contornos mais definidos.

Nesse aspecto, é pertinente registrar os questionamentos suscitados por Gama:

Será que apenas a esterilidade, organicamente constatada, deve ser requisito necessário para a admissibilidade de se adotar uma das técnicas de reprodução medicamente assistida? Ou, ao contrário, deve haver ampla liberdade às pessoas de socorrerem das técnicas de reprodução independentemente da esterilidade? Há direito à reprodução de maneira absoluta? Neste caso, não se estaria admitindo a legitimidade de práticas eugênicas, inclusive permitindo escolhas pessoais – e não naturais – sobre quais “as crianças que pertencerão ao grupo ‘das que vingam’? [...] (GAMA, 2003, p. 93-94).

Na prática, o que se constata é que, com o estabelecimento das novas intervenções terapêuticas, as relações humanas passaram a operar-se em bases diversas daquelas vivenciadas até então, ensejando uma abordagem diferente na ordem posta, objetivando o enfrentamento de conflitos éticos, morais e jurídicos contidos na matéria. Assegurar o respeito aos valores subjetivos envolvidos na questão sem, contudo, representar um entrave ao progresso do conhecimento científico exige o esforço conjunto das ciências, conforme assevera Barboza:

Não se deve cercear o progresso científico, mas de todo indispensável que ele se faça com observância de valores maiores, como a dignidade humana. O ponto de harmonização entre essas duas necessidades, aparentemente conflitantes, há de ser encontrado pela Ética e pelo direito. Tal tarefa, de início a cargo da filosofia, que de pronto dedicou-lhe uma de suas áreas, a Bioética, de imediato exigiu a atuação simultânea do direito, que, igualmente, destinou-lhe campo próprio, ainda em formação — o Biodireito. (BARBOZA, 2001, p.2).

O Biodireito, que, consoante assevera Gama (2003), envolve necessariamente diversas áreas do conhecimento e se fundamenta em princípios da filosofia, sem dúvida se mostra como um instrumento importante na apreciação e discussão dos problemas advindos das novas técnicas de procriação.

2.1 Evolução Histórica

O interesse dos estudiosos em buscar uma solução para os problemas de infertilidade acompanha o desenvolvimento do homem em sociedade. A evolução cronológica dos estudos que tornaram possível o uso das técnicas de reprodução assistida utilizadas atualmente é assim descrita por Leite (1995, p. 18):

1590 - invenção do microscópio, por Leenwenhoek.

1677- o cientista Johann Ham afirma que a esterilidade, muitas vezes, ocorria por ausência ou escassez de espermatozóides.

1778 - Heller afirma que os espermatozóides se encontram no líquido testicular.

1784 - o cientista italiano Spalanzani, após ensaios de fecundação artificial com óvulos de rãs, prosseguiu suas pesquisas com a fertilização de uma cadela que já tivera várias ninhadas de filhotes.

1791 – O médico inglês John Hunter registra o primeiro caso de fecundação humana da história.

1912 – O cientista Brackett obtém o primeiro cultivo de embriões de mamíferos.

1927 a 1930 - Monck aperfeiçoa os estudos sobre a morfologia, fisiologia e biologia dos espermatozóides.

1947 - Charg realiza a primeira transferência de ovo fertilizado, que tinha uma temperatura entre 5° e 10° C.

1949 - Schayshen, nos Estados Unidos, cria o primeiro banco de sêmen. A primeira utilização registrada foi no ano de 1953.

1953 - os geneticistas Watson e Crick descobriram a estrutura em hélice de DNA. Essa descoberta é considerada o marco inicial da Engenharia Genética.

1953 - Smith consegue congelar embriões em fase de pré-implantação, mostrando que baixas temperaturas não são incompatíveis com o desenvolvimento normal dos ovos de mamíferos. A técnica é amplamente utilizada a partir de estudos de Whittigham e Wilmut.

1958 - Diezfalusi e Tilinger apresentam os efeitos clínicos do hormônio hipofisário folículo estimulante.

1967 - Harker decifra a estrutura do ácido ribonucléico (RNA).

1970 - Anderson termina a síntese do gene.

1978 – nasce, na Inglaterra, o primeiro bebê de proveta, Louise Joy Brown. Esse grande feito da ciência é o resultado de 15 anos de dedicação à pesquisa dos doutores Steptoe e Edwards.

1984 - nasce, no Brasil, a primeira criança gerada por meio de fertilização *in vitro*.

Desde então, as pesquisas sobre reprodução evoluíram, técnicas foram aperfeiçoadas e novas descobertas foram incorporadas àquelas já utilizadas nos casos de fecundação artificial.

2.2 Das Técnicas de Reprodução Humana Assistida

O organismo da espécie humana, conforme Machado (2008), é constituído de duas classes de células: as células somáticas, presentes em todo o corpo, e as células germinais, responsáveis pela formação dos gametas e, por consequência pela reprodução.

A reprodução humana natural inicia-se pela relação sexual entre homem e mulher. Por meio desse ato dá-se o encontro do gameta masculino (espermatozóide) e o feminino (óvulo). Ocorre, então, a fertilização, dando início ao ciclo de evolução de uma célula denominada ovo ou zigoto. Após três a seis dias, por meio do processo da divisão celular, será formado o embrião, que se desenvolverá em várias etapas até que chegue o momento de seu nascimento.

A fertilização natural é assim descrita por Machado:

A fertilização normal verifica-se quando o espermatozóide, conseguindo alcançar a trompa e penetrando no óvulo encontrado, faz surgir uma nova célula ou zigoto, composto de 46 cromossomos característicos da espécie humana, resultado dos 23 cromossomos de cada um dos gametas (óvulos e espermatozóide) (MACHADO, 2008, p. 19).

Constatada a impossibilidade de se promover a procriação por vias naturais, em razão de infertilidade ou esterilidade, seja do homem ou da mulher, as várias técnicas de reprodução assistida existentes na atualidade, resultantes do extraordinário desenvolvimento da biotecnologia, poderão ser utilizadas com vista a afastar as consequências nefastas que atingem o sujeito dessa incapacidade.

O conhecimento acerca da grande capacidade de resistência a baixas temperaturas dos espermatozoides possibilitou o alargamento da utilização da técnica de fecundação artificial. A partir dessa descoberta, criou-se os bancos de sêmen, passando-se a utilizar espermatozoides criopreservados para a realização da fecundação artificial.

A inseminação artificial é definida por Machado (2008, p. 32), como “[...] prática do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.”

A técnica de reprodução assistida, conforme Gama (2003), classifica-se, quanto aos sujeitos, em inseminação homóloga, quando são utilizados os gametas ou órgãos somente do casal a quem se destina a criança que nascerá do uso da técnica; ou inseminação heteróloga, quando há uma terceira pessoa, alheia à relação conjugal, participando do evento, seja doando o gameta ou, no caso da gravidez de substituição, cedendo o útero para o desenvolvimento do feto.

Nesse sentido, França se manifesta nos seguintes termos:

A reprodução assistida homóloga é plenamente aceita e não fere os princípios da moral e do Direito. Essa prática, feita numa mulher com o sêmen de seu esposo, em casos de infertilidade matrimonial, é hoje plenamente admitida. A reprodução assistida heteróloga envolve várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo o cuidado, a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo

(quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral). (FRANÇA, 2001, p.226).

Quanto à técnica a ser utilizada, a inseminação poderá ocorrer *in vivo* ou *in vitro*.

Segundo Machado (2008), a inseminação artificial intraconjugal caracteriza-se pela transferência do espermatozóide do cônjuge diretamente ao aparelho reprodutor feminino.

A fertilização *in vitro* (FIV) ocorre fora do corpo da mulher, submetida previamente a um processo de estimulação para produção de maior número de óvulos, que serão coletados e fertilizados em laboratório.

De acordo com Machado, a fertilização *in vitro* com transferência de embrião (FIVETE) pode ser assim definida:

A FIVETE consiste, essencialmente, em permitir o encontro entre o óvulo e os espermatozoides fora do corpo da mulher, e depois de um a três dias mais tarde, em colocar no útero dessa mesma mulher o embrião obtido, para que ele possa ali se desenvolver. (MACHADO, 2008 p. 39).

Casabona e Queiroz (2005), esclarecem que a fecundação *in vitro* e transferência de embrião (FIVETE) beneficia principalmente aquelas mulheres cuja função de ambas as trompas esteja irreversivelmente prejudicada, mas pode auxiliar também outros casos de infertilidade, como a endometriose, distúrbios de ovulação e infertilidade sem causa aparente. Entre três a quatro embriões são colocados no útero.

A fertilização *in vitro* passou a ser amplamente conhecida no Brasil após a divulgação do nascimento da primeira criança resultante do uso dessa técnica, realizada pelo Dr. Nakamura, no ano de 1984, em São Paulo.

2.2.1 Inseminação Artificial Homóloga

A inseminação artificial homóloga, também conhecida como Inseminação Artificial Intraconjugal (IAC), resulta do uso dos gametas do casal vinculados pelo matrimônio nos termos da lei ou em união estável. O uso dessa modalidade de inseminação é conveniente nos casos em que o homem apresenta impedimento de ejaculação no local adequado, escassez ou excesso de volume de espermatozóide ou esterilidade decorrente de tratamentos, tais como: vasectomia, cirurgia, radioterapia e quimioterapia, casos em que o sêmen deverá ter sido congelado anteriormente.

De acordo com Machado (2008), trata-se da mais antiga técnica de fertilização e caracteriza-se pela colocação do esperma na vagina, no colo do útero ou no próprio útero da mulher. Também é indicado quando a mulher possui alterações orgânicas tais como: esterilidade cervical, vaginismo, malformação do aparelho genital.

São variações dessa técnica, a inseminação artificial intrauterina, a inseminação artificial intravaginal, a inseminação artificial intracervical e a inseminação artificial intraperitoneal.

A inseminação artificial homóloga não desafia maiores problemas, tanto do ponto de vista jurídico quanto do aspecto psicológico e emocional, haja vista que a criança nascerá e se desenvolverá no seio familiar, com a presença de pai e mãe biológicos.

O mesmo não se pode afirmar quando a utilização da técnica de inseminação artificial homóloga se der após a morte do homem, possibilidade admitida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do permissivo contido no inciso III do art. 1.597 do Código Civil. Nesse caso, o gameta masculino será criopreservado, facultando à mulher a possibilidade de posteriormente, gerar um filho de um homem que já estará morto quando a criança nascer. No campo jurídico, essa hipótese enseja dúvidas quanto ao estabelecimento do vínculo de paternidade, do direito de sucessão e ainda sobre os efeitos psicoemocionais que serão produzidos na criança nascida de um pai já falecido.

A possibilidade de concretização de uma gestação nos moldes acima citados foi objeto de grande conflito no campo jurídico no ano de 1984, na França, e representou um marco nas discussões acerca do tema em todo o mundo.

De acordo com o relato de Leite (1995), em 1984, Corine Richard iniciou um relacionamento com Alain Parpalaix. Pouco tempo depois, o casal descobriu que Alain estava com câncer nos testículos. Cientes das consequências nefastas que a doença produziria, decidiram se casar e garantir que o sentimento que havia unido o casal seria perpetuado por meio de um filho. Para tanto, congelou-se o sêmen de Alain, prevendo uma possível ocorrência de infertilidade provocada pela quimioterapia. Logo depois, Alain veio a falecer em decorrência do agravamento da doença. A esposa, decidida a concretizar a situação idealizada por ela e por Alain Parpalaix enquanto ainda em vida, recorreu ao banco de sêmen para efetivar a inseminação artificial.

Alegando a inexistência de lei que regulasse a questão, o banco de sêmen se negou a realizar a inseminação artificial. A questão foi levada à Justiça e, após uma longa batalha, o Tribunal de Créteil, na França, determinou que se realizasse a inseminação artificial.

Todavia, não houve êxito no procedimento, pois o sêmen já não apresentava a potencialidade necessária para a efetivação da fecundação.

Da narrativa desse fato, observa-se que a demora da Justiça na solução de uma situação para a qual não existia lei específica que resolvesse a situação de pronto resultou na perda da qualidade do sêmen congelado, inviabilizando, por consequência, a realização da vontade expressa e inequívoca do marido de que sua esposa se submetesse ao procedimento de inseminação artificial.

A partir desse evento, o Estado francês iniciou o processo de regulamentação das técnicas de reprodução assistida, o que redundou na proibição da possibilidade de inseminação artificial após a morte, permanecendo assim até os dias atuais. Entretanto, as discussões sobre o tema que antecedem a revisão da lei francesa sobre bioética, estimada para ocorrer no ano de 2010, apontam para a modificação ao tratamento dado aos casos de inseminação artificial *post mortem*, conforme informação extraída no sítio *Assemblée-Nationale.fr* (França, 2009).

No Brasil, em que pese a previsão contida no inciso III, art. 1.597, do Código Civil, não se tem conhecimento da materialização de caso de fecundação artificial *post mortem*. Havendo o interesse de se conceber um filho nessas circunstâncias, não haverá óbice legal quanto à utilização do meio, posto que o inciso III do art. 1.597 garante esse direito. Todavia, dificuldades surgirão após o nascimento da criança quanto à definição do vínculo de paternidade pois, se o nascimento ocorrer após os trezentos dias determinados pelo inciso II, a criança não terá a garantia da presunção de paternidade prevista no inciso III. Também o direito sucessório do filho será uma incógnita, tendo em vista que a sucessão é aberta tão logo seja constatado o falecimento do titular do patrimônio, e, nesse caso, em tese, esse filho não poderá ser legitimado como herdeiro necessário, tendo em conta que não foi ainda sequer concebido.

3 DIREITO SUCESSÓRIO

O direito de sucessão, consagrado como direito fundamental na Constituição Federal em face da prescrição contida no inciso XXX do art. 5.º da Constituição Brasileira, é regulado pelo Código Civil Brasileiro no Livro V, nos títulos: Disposições Gerais, Sucessão Legítima, Sucessão Testamentária, Inventário e Partilha.

No sistema jurídico, a referência ao direito das sucessões relaciona-se à transmissão de bens, direitos e obrigações em decorrência da morte de seu titular.

3.1 Aspectos Históricos

Os estudos relativos à evolução humana demonstram a preocupação constante dos povos em criar institutos que garantissem a continuidade da família e, por consequência, a sucessão patrimonial.

Na antiguidade, o direito sucessório aparecia vinculado a cultos religiosos. A continuação do culto religioso ocorria por meio da linhagem masculina, a quem cabia também a herança da família. Essa situação foi bem retratada pelo historiador Coulanges (2001, p. 64), na obra *Cidade Antiga*, ao preconizar que tanto no direito romano quanto no direito grego o

culto de uma família e sua propriedade eram estreitamente ligados, não havendo maneira de se adquirir um ou outro de forma independente.

Nas origens do direito sucessório, a prerrogativa do primogênito do sexo masculino de dar continuidade ao culto da família e de ser investido na totalidade da herança era respeitada com rigor. Os demais filhos não partilhavam do patrimônio deixado pelo *pater familiae*, garantindo, dessa forma, que a propriedade se perpetuasse exclusivamente em um ramo da família.

É de se destacar a situação de exclusão ao patrimônio da família reservada à prole feminina, conforme esclarece Coulanges:

A regra para o culto é ser transmitido por via masculina; a regra para a herança é em conformidade com o culto. A filha não é apta a dar continuidade à religião paterna porque se casa e ao se casar renuncia ao culto do pai para adotar o do esposo: não detém, portanto qualquer título à herança. Se acontecesse que pai deixasse seus bens para sua filha a propriedade seria separada do culto, o que é inadmissível. A filha não poderia nem sequer cumprir o primeiro dever do herdeiro, que é continuar a séries de repastos fúnebres, já que é aos ancestrais de seu marido que ela oferece sacrifícios. A religião então, a proíbe de herdar do pai. (COULANGES, 2001, p.65).

Nas famílias em que o homem era alcançado pela infertilidade o instituto da adoção era permitido como último recurso, com vista a assegurar a perpetuação do culto doméstico e da propriedade.

Observa-se que o intento de assegurar o poderio da família permitiu que o direito de progeneritura se prolongasse por um longo período, afastando a idéia de divisão da herança entre toda a prole, revelando forte traço de desigualdade nos direitos dos filhos.

Da observação do desenvolvimento da sociedade, percebe-se que o Estado pouco se ocupava com a regulação dos direitos entre os entes familiares, permanecendo na instituição familiar e na religião essa incumbência.

O Código Civil de 1916 fazia clara distinção na sucessão dos filhos legítimos ou legitimados em relação aos filhos naturais, conforme demonstra a análise comparativa entre o atual Código Civil e o anterior, trazida por Venosa:

Inicialmente, a redação original do Código Civil anterior fez distinção na sucessão dos descendentes legítimos, de um lado, sempre com todos os direitos, e os filhos naturais e adotivos de outro. De acordo com a regra do art. 1.605, equiparavam-se os filhos legítimos, os legitimados e os adotivos de casais que não tinham filhos. Pelo sistema do Código de 1916, os filhos adulterinos e os incestuosos, não podendo ser reconhecidos (art. 358) não tinham direito sucessório algum. Os filhos naturais, portanto, os concebidos antes do casamento, tinham direito à metade do que coubesse ao filho legítimo. Como se vê, o Código anterior, apesar de surgir com a abertura do século XX, muito cedo se mostrou anacrônico, fazendo restrição odiosa entre as várias categorias de filhos. A discriminação absoluta com relação aos

adulterinos e incestuosos colocava-os como se tivessem alguma responsabilidade por terem sido assim concebidos; eram indivíduos absolutamente à margem da família. Só poderiam ser beneficiados hereditariamente por testamento. (VENOSA, 2006, p. 112).

A Constituição de 1937 apresentou um novo rumo à questão quando, em seu art. 126, assegurou a igualdade entre os filhos naturais e os legítimos; e o art. 127 incluiu o Estado como colaborador na obrigação de proporcionar o desenvolvimento sadio da infância e da juventude, promovendo ações que permitam às famílias desprovidas de recursos próprios a manutenção de sua prole.

Nesse aspecto, a Constituição de 1946 representou um retrocesso, visto que silenciou em relação aos direitos dos filhos naturais, recepcionando, dessa forma, o Decreto-Lei n.º 4.737, editado em 24 de setembro de 1942, em que o direito de reconhecimento do filho adulterino era condicionado à efetivação do desquite.

Com a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se a preocupação em consagrar a família como o nascedouro de todas as relações sociais e, portanto, merecedora de especial atenção da ciência jurídica. Assim, o Estado, exercendo sua atividade legislativa, deu início à materialização de normas voltadas para a garantia de proteção à criança, permitindo o exercício de seus direitos independentemente da natureza de sua filiação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

Os novos ditames constitucionais, permeados pelos princípios da democracia e do respeito à dignidade humana, romperam com antigos paradigmas e dogmas, redesenhando o panorama dos direitos sucessórios e estabelecendo uma nova perspectiva na legislação voltada para os direitos dos filhos, privilegiando o interesse da criança.

A solução para os conflitos em torno do filho resultante da concepção *post mortem* de modo a satisfazer seus direitos deve ser norteadada pelo conjunto de valores e princípios insculpidos na Constituição brasileira.

3.2 Conceito e Espécies

3.2.1 Conceito

A cessação da vida humana, como fato jurídico, produz, como consequência, jurídica a abertura da sucessão com a respectiva transmissão do patrimônio do *de cuius* aos seus herdeiros.

Entre os doutrinadores brasileiros, encontram-se diversas definições para o direito de sucessão, sendo relevante trazer à colação a teoria defendida por Maria Helena Diniz:

Sucessão é a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *causa mortis* que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, que ficaram com seus direitos e encargos (DINIZ, 2002, p.16).

Desse modo, verificada a morte do autor da herança, abre-se a sucessão, transmitindo-se de imediato aos herdeiros o patrimônio do *de cuius*, em homenagem ao princípio de *saisine* — instituto oriundo dos tempos feudais, sistema da era medieval com maior domínio na França, admitido no Direito brasileiro no vigente Código Civil —, que consiste na transmissão da herança do morto aos seus herdeiros imediatamente após seu falecimento.

Hodiernamente, o sistema de *saisine* se revela no Código Civil Brasileiro ao prescrever, em seu art. 1.784, que, "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros, inclusive testamentários".

A relevância da aplicação desse princípio no direito de sucessão é demonstrada na lição trazida por Monteiro:

A existência da pessoa natural termina com a morte. Verificado esse evento, abre-se-lhe a sucessão. Desde o óbito, sem solução de continuidade, opera-se a transmissão da herança, ainda que os herdeiros ignorem o fato do falecimento. Antes da morte, o titular da relação jurídica é o *de cuius*; depois dela passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário. E é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários. Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário. (MONTEIRO, 2006, p. 14).

Nesse aspecto, surge a dificuldade de se adequar o direito de sucessão do filho concebido por fecundação artificial *post mortem* já que, no momento da abertura da sucessão existirá apenas a expectativa de utilização do sêmen congelado para a realização da inseminação artificial, podendo essa vir a se efetivar ou não.

Sendo assim, conforme lembra Leite (2002) não houve ainda sequer a fecundação do óvulo, não sendo cabível nessas circunstâncias nem mesmo a proteção ao nascituro, prevista no art. 2.º do Código Civil, e que na forma defendida por Hironaka (2006), deverá ser

estendida ao embrião, pois embora não tenha ainda sido implantado, está concebido e se tornará um nascituro.

3.2.2 Espécies de Sucessão

O Código Civil Brasileiro prescreve em seu art. 1.786, duas formas de sucessão: a legítima ou *ab intestato*, resultante das disposições contidas na lei; e a testamentária, na qual é refletida a última vontade do falecido. De acordo com Venosa (2006, p. 8), as duas modalidades de sucessão são aceitas no nosso ordenamento jurídico, mas, “a vocação legítima prevalece quando não houver ou não puder ser cumprido o testamento.”

3.2.2.1 Sucessão quanto à fonte

3.2.2.2 Sucessão legítima

A sucessão legítima ocorre quando se constata que o falecido não deixou testamento válido. Nesse caso, serão convocadas à sucessão as pessoas elencadas no art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

O art. 1.845 designa como herdeiros necessários aqueles relacionados nos incisos I a III do art. 1.829, ou seja, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite. Para esses a lei determina que seja destinada, obrigatoriamente, a metade do patrimônio do morto, restando a outra metade para ser disposta livremente em testamento.

Na concepção de José de Oliveira Ascensão (*apud* MACHADO, 2008, p. 107), a sucessão legítima do filho que poderá ser concebido após a morte do pai se torna inviável em face da situação de indefinição quanto à partilha do patrimônio deixado pelo *de cujus*, já que a indicação precisa dos herdeiros ficaria prejudicada em razão da possibilidade de vir a existir um descendente direto do autor da herança.

Já para Hironaka (2006), a regra contida no § 6º, art. 226, da Constituição, a autorização concedida pelo marido e a observação das condições estabelecidas em lei, são suficientes para determinar o liame de filiação, resultando disso o direito do filho nascido por meio de fecundação *post mortem* de ser investido de todos os direitos que são destinados aos filhos nascidos por meios naturais.

3.2.2.3 Sucessão testamentária

O testamento define-se como ato solene pelo qual se manifesta a vontade de uma pessoa no sentido de dispor da totalidade ou de parte de seu patrimônio, após a sua morte, a pessoas por ele indicadas.

O instituto do testamento é pouco utilizado no Brasil. Em nosso país, a transmissão do patrimônio por *causa mortis* se processa com maior frequência pela sucessão legítima. As normas vigentes no Direito brasileiro limitam a liberdade do testador, determinando que a parte disponível para testar seja aquela que restar do monte reservado à legítima, conforme ensina Maria Helena Diniz:

A sucessão testamentária, oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade. Todavia, ante o sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes sucessíveis (CC, arts. 1845 a 1846), só poderá dispor de metade de seus bens (CC, art. 1.789), uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros. (DINIZ, 2006, p. 17).

Para uma corrente minoritária de doutrinadores a sucessão testamentária equacionaria o problema da sucessão do filho advindo da fecundação artificial *post mortem*. Por analogia, seria aplicada disposição contida no inciso I do art. 1.799 do Código Civil Brasileiro. Entretanto, conforme dito alhures, a legislação brasileira delimita claramente a questão sucessória restringindo o livre arbítrio do testador. Além disso, aquinhoar esse filho com um legado testamentário seria incorrer em afronta ao ditame constitucional que determina a

igualdade entre os filhos. Desse modo a sucessão testamentária não se apresenta como a melhor forma de se resolver a controvérsia.

4 FILIAÇÃO

Com o processo de desenvolvimento natural da sociedade, operou-se a transformação dos modelos familiares. Desde o remoto padrão patriarcal romano até o modelo contemporâneo as relações familiares se aperfeiçoaram e, progressivamente, foram surgindo manifestações no sentido de enfatizar a afetividade no vínculo de filiação, de modo que a necessidade de reprodução deixou de se limitar a questões ligadas a transmissão de patrimônio ou do nome da família.

Nesse sentido, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, Caio Mário da Silva Pereira discorre:

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. [...]. O pai exerce o pátrio poder no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). [...]. Há uma concepção nova de família, que se constrói em nossos dias. [...]. As relações familiares foram necessariamente atingidas: entre pais e filhos, entre os diversos membros do grupo familiar. (PEREIRA, 1999, p. 19-20).

Em consonância aos novos padrões apresentados pela sociedade, o constituinte originário fez inserir na nova Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, o art. 226 e seus §§ 3.º e 4.º, que assim dispõem:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

A inserção dos mencionados dispositivos à Constituição propiciou o alargamento do conceito de família, desvinculando-a do casamento, afastando, dessa forma, os rótulos discriminatórios que eram destinados às uniões heterossexuais que não se ajustavam aos moldes impostos pela legislação anterior, revelando-se mais adequada às situações de fato vivenciadas pelos entes familiares, conforme discorre Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...]. Houve uma mudança significativa dos princípios e preceitos reguladores das relações familiares – inclusive as de ordem patrimonial – para o fim de proporcionar o cumprimento efetivo das normas constitucionais, especialmente relacionadas aos direitos fundamentais das famílias contemporâneas, com base no valor, princípio e cláusula geral de tutela da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III, do texto de 1988, e especializado em vários preceitos e princípios do Direito de Família, como a especial proteção do Estado às famílias, a assistência do Poder Público às adoções e às outras origens não sanguíneas, a dignidade da futura pessoa humana no planejamento familiar, entre outros. (GAMA, 2003, p. 3).

Em que pese a ausência de menção expressa quanto à proteção jurídica às famílias decorrentes de uniões homossexuais, os princípios de respeito aos direitos fundamentais e de cidadania presentes no texto da atual Constituição brasileira marcam uma tendência a ruptura com antigos conceitos, legitimando o enfrentamento das manifestações preconceituosas existentes no passado, conforme se constata do pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes, expressado nos seguintes termos:

[...] A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer —, mas uma manifestação particular do ser humano, considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da consequente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar. Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sócio-jurídica de família mudou. (MORAES, 2001).

Essa nova perspectiva concernente à família revela-se também com relação ao vínculo de filiação, visto que, tanto a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, quanto o Código Civil brasileiro, em vigor desde o ano de 2003, em seu Capítulo II, dispensam tratamento

igualitário aos filhos, independentemente da natureza do vínculo e, diferentemente do código anterior, proíbe expressamente “quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ainda mais progressista, porém, segundo Gama (2003), demonstrando um “certo descaso às novas realidades biotecnológicas”, é a garantia ao direito à filiação aos filhos concebidos por meio das novas tecnologias disponibilizadas pela medicina moderna, contida no art. 1.597, que assim dispõe:

Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Atenta às inovações da sociedade e aos seus reflexos no mundo jurídico, Maria Helena Diniz já inclui os filhos nascidos por meio de métodos de reprodução assistida ao conceituar o vínculo de filiação:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva ente pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga. (DINIZ, 2006, p. 437).

O reconhecimento no ordenamento jurídico pátrio do vínculo de filiação produzido pelo uso de técnicas de reprodução assistida oferece o fundamento legal para a concretização das aspirações do homem e da mulher moderna que optam pela realização profissional antes da realização pessoal de formar uma família e, por vezes, se deparam com a impossibilidade de concretização de seu desejo em função de infertilidade causada por fatores diversos.

Dessa forma, a legalização do uso da técnica de reprodução assistida repercute positivamente se analisada pela perspectiva médica, pois, conforme Machado (2008, p.141), veio resolver uma das preocupações da humanidade de todos os tempos: a infertilidade, representando uma alternativa para aqueles que viviam essa situação angustiante. Mas do ponto de vista jurídico, conforme assevera Krell (2009, p. 24), fez revelar situações inusitadas sobre novos direitos e obrigações, desafiando seus operadores a um incessante debate, de modo a embasar e delimitar de maneira satisfatória o regulamento sobre o emprego das

técnicas de reprodução humana assistida, pontuando os diversos interesses conflitantes envolvidos na matéria.

5 DA OMISSÃO LEGISLATIVA

O direito ao livre planejamento familiar foi contemplado no texto constitucional sem, contudo, fazer referência direta à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida com vista à constituição de um projeto parental, conforme demonstra o § 7.º do art. 226:

Art. 226

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

A Lei n.º 9.263/96 veio regulamentar o dispositivo constitucional conceituando o planejamento familiar como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”

No entender de Krell (2008, p. 105), a previsão Constitucional e a Lei n.º 9.263/96 dão margem a interpretação de modo a “construir um direito do homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de construir uma família.”

Entretanto, a mesma autora alerta para o fato de que tanto o dispositivo constitucional quanto os termos da lei por si só não constituem fundamento para o emprego das técnicas de reprodução assistida como instrumento para concretização do planejamento familiar, posto que devem ser interpretados levando-se em conta os princípios vigentes no ordenamento jurídico, tais como: o princípio da dignidade humana, o princípio da paternidade responsável e o melhor interesse da criança.

Constata-se pelo grande volume de questionamentos acerca da matéria, a necessidade de o legislador brasileiro lançar-se nessa seara com vista a preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico de forma a limitar os direitos e responsabilidades nas questões envolvendo as técnicas de reprodução humana assistida.

5.1 Quanto à Regulamentação do Uso das Técnicas de Reprodução

Em que pese as disposições contidas no art. 1.597 do Código Civil, referindo-se à presunção de paternidade de filhos resultantes de fecundação artificial, no Brasil, não existe lei específica tratando da regulamentação do uso de técnicas de reprodução assistida. A intenção do legislador de se aproximar das inovações científicas inserindo, aprioristicamente, de forma aleatória, os incisos III, IV e V ao art. 1.597 acabou por introduzir dúvidas sem respostas quanto aos direitos produzidos pela inovação legislativa. O assunto encontra normatização apenas no âmbito do Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n.º 1.358/92.

5.1.1 Código Civil de 2002

Analisando os avanços alcançados pela medicina a partir do aspecto biofísico, percebe-se uma repercussão bastante positiva, tanto quantitativamente quanto

qualitativamente, na vida humana, proporcionando ao homem maior longevidade, saúde e acesso às técnicas de engenharia genética que propiciaram a ingerência humana no processo de procriação.

Foi diante dessa nova realidade social que se deu início à elaboração de um novo Código Civil. Saliente-se que a iniciativa de elaboração de um novo Código Civil ocorreu no ano de 1975, por meio do Projeto de Lei n.º 634/75, sendo que, desde a data de sua propositura até a sua efetivação, no ano de 2002, ocorreram relevantes mudanças no contexto político, social e econômico do país, incluindo a promulgação da nova e revolucionária Constituição, no ano de 1988, conforme esclarecem os termos contidos no Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, encaminhado ao Presidente da Comissão Especial do Código Civil pelo relator-geral deputado Ricardo Fiúza:

No que pese o excelente trabalho desenvolvido pelo Senador Josaphat Marinho como relator geral do Projeto de Código Civil no Senado Federal, devemos reconhecer que durante o período de sua tramitação mudou radical e positivamente o sistema político brasileiro, nossa organização social, nosso modelo econômico, e as próprias condições institucionais, a começar pela cultura política e jurídica, submetidas ambas a constante e contundente questionamento que, ao meu ver, antes de ser sinal de crise, é indicativo de nossa vitalidade como nação.

Destaque-se que são quatro legislaturas, duas das quais em tramitação na Câmara e duas em revisão no Senado. Se somarmos suas etapas de elaboração no âmbito do Executivo, iniciadas no Governo Jânio Quadros e concluídas no Governo Geisel, teremos mais 14 anos, donde se conclui que estamos diante de um processo histórico de quase quatro décadas.

Como não poderia deixar de ocorrer, defrontou-se este relator com um texto que sob diversos e relevantes aspectos estavam em assincronia com a nossa realidade, contendo inúmeras inconstitucionalidades e dispositivos superados pela legislação extravagante que entrou em vigor durante a elaboração do Código. As inconstitucionalidades decorreram naturalmente do seu desajuste à Constituição de 1988. (FIUZA, 2000, p. 53-54).

O aparecimento de novas formas de procriação foi objeto de grandes polêmicas por ocasião da formulação do novo Código. De início, o Projeto de Lei n.º 634/75, que deu origem ao novo Código, não fazia referência à presunção de paternidade decorrente das novas técnicas de reprodução assistida, mantendo a disposição na forma como já se encontrava no Código Civil de 1916, pressupondo terem sido gerados na constância da sociedade conjugal os filhos nascidos cento e oitenta dias depois de iniciada a convivência e os nascidos trezentos dias após a ruptura do relacionamento conjugal.

A emenda que incluiu a presunção de que foram concebidos na constância do casamento os filhos resultantes de reprodução assistida, apresentada pelo senador Nelson Carneiro, foi acolhida, com as devidas justificações, pelo Relator do Projeto, sendo relevante

a transcrição de seus argumentos acerca incidência da presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga, nos termos transcritos a seguir:

No caso da inseminação artificial homóloga, não há negar inafastável a responsabilidade do cônjuge varão em assumir a paternidade, esteja ele ou não em convivência conjugal, dispensando-se, a tanto, a sua autorização, para a presunção, certo que concebido o filho, artificialmente, no período de vida a dois, estão a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção (art. 2º do texto consolidado), inclusive o de ser gerado e de ser gestado e nascer. (BRASIL, 2000, p. 431).

Em meio às divergentes opiniões em relação ao tratamento dado à questão, o novo Código Civil, após a revisão do Senado Federal, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo Presidente da República em 10 de janeiro de 2002. O artigo dispoñdo sobre as presunções de paternidade, que até então apresentava o número 1.602, sofreu alteração para modificar o termo “inseminação” para “fecundação”. De modo que, ao ser promulgado o novo Código Civil, recebeu o número 1.597, com o inciso III não mais se referindo à inseminação artificial, mas sim à fecundação artificial.

Nessa conjuntura, o legislador brasileiro considerou oportuna a inclusão de dispositivos que contemplassem a ampliação da presunção de paternidade resultante da fecundação homóloga, realizada com o sêmen do marido ou companheiro, inclusive após a sua morte; e a inseminação artificial heteróloga, feita com células sexuais de pessoa alheia à relação conjugal, estabelecidos no art. 1.597 do Código Civil. Entretanto, limitou-se a introduzir ao novo diploma legal disposições de natureza aberta, dando causa a inúmeros questionamentos quanto aos prováveis direitos e obrigações resultantes do uso da referida técnica, acarretando críticas ao legislador, conforme assevera Venosa:

[...] advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema (VENOSA, 2006, p. 256).

Para o professor Miguel Reale (1998), que coordenou a equipe de juristas que assessoraram a elaboração do Código Civil, o assunto deveria ser tratado por legislação específica, para que não houvesse o engessamento da lei no que se refere ao aproveitamento dos benefícios trazidos pelas descobertas da ciência, conforme se infere da leitura do artigo que analisava o projeto do Código Civil, escrito, no ano de 1998, por Reale:

“[...] é próprio de um Código albergar somente questões que se revistam de certa estabilidade, de certa perspectiva de duração, sendo incompatível com novidades ainda pendentes de estudos. O projeto deve se limitar, por conseguinte, àquilo que é

da esfera civil, deixando para a legislação especial a disciplina de assuntos que dela extrapolem” (REALE, 1998, p. 22).

Passados mais de onze anos desde o citado pronunciamento de Miguel Reale e seis anos da promulgação do Código Civil, nenhuma lei voltada propriamente para a questão foi promulgada. Inseriu-se ao ordenamento jurídico a legitimidade para dispor de uma inovação tecnológica capaz de gerar repercussões inimagináveis, já que incide na possibilidade de manejo de células responsáveis pela criação da vida, sem nada esclarecer sobre os meios, as formas e os limites para tal.

As impropriedades contidas na redação do texto do art. 1.597, quer se refiram ao uso de termos tecnicamente incorretos, quer por razões de mérito, foram objetos de discussão nas Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Jurídicos.

No que se refere a expressões técnicas, falta clareza do texto legal ao se reportar às técnicas de reprodução humana, referindo-se ora à “inseminação artificial”, ora à “concepção artificial”, motivando o Conselho de Justiça Federal a editar o Enunciado n.º 126, propondo a alteração dos vocábulos no Código Civil brasileiro, conforme demonstra a transcrição abaixo:

126 – Proposição sobre o art. 1.597, incs. III, IV e V:

Proposta: Alterar as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para “técnica de reprodução assistida”.

Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” utilizadas nos incs. III e IV, são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*. (negrito no original) (BRASIL, 2007, p. 34).

Com relação ao mérito da prescrição contida no inciso III do art. 1.597, autorizando a fecundação homóloga *post mortem*, os debates realizados pelos juristas resultaram na conclusão de que se trata de afronta ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, pois favorece o nascimento de uma criança sob o risco de sofrer consequências negativas no aspecto psicológico e emocional em razão de seu

desenvolvimento se dar sem a existência de um pai, devendo ser excluída do ordenamento jurídico brasileiro, conforme se percebe da leitura do Enunciado n.º 127:

127 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. III:

Proposta: Alterar o inc. III para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”.

Justificativa: Para observar os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada (negrito no original). (BRASIL, 2007, p. 36).

Convém ressaltar que os enunciados aprovados pelo Conselho Federal de Justiça não têm força normativa, servindo tão-somente como subsídio para a decisão no âmbito Judiciário, na hipótese de materialização da situação ora discutida.

5.1.2 Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, o principal instrumento de regulação da execução da técnica de reprodução assistida é a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358, de 11 de novembro de 1992. Trata-se de documento de cunho deontológico, que normatiza os atos do profissional da medicina diante da hipótese de aplicação da técnica de reprodução assistida, cuja efetividade é restrita em face da inexistência de norma legal anterior relativa à matéria, consoante esclarece Krell (2008).

De acordo com os termos da Resolução n.º 1.358/92, a opção pelo uso da técnica de reprodução assistida deve ser precedida de manifestação expressa de vontade da mulher civilmente capaz, devidamente documentada. Dispõe, ainda, que, se a mulher for casada ou viver em união estável, será necessária a autorização expressa do marido ou companheiro.

O regulamento exarado do Conselho Federal de Medicina procura afastar a possibilidade de instrumentalização das técnicas de reprodução assistida para fins mercantis, conforme dispõe as cláusulas IV e VII:

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES
1 – A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora

genética.

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (BRASIL, 1992).

Em que pese a propriedade das medidas adotadas pelo Conselho Federal de Medicina, deve-se salientar que são normas que regem o procedimento no âmbito da classe médica, não sendo encontrado no ordenamento jurídico brasileiro o correspondente instrumento legal para dirimir os eventuais conflitos jurídicos existentes nessa seara. Desse modo, caberá ao Judiciário a árdua tarefa de encontrar os meios para a sua pacificação.

Nesse contexto, pronuncia-se Wider:

[...] O que temos como premissa inicial e: técnicas de procriação assistida foram desenvolvidas para ajudar casais a resolver problemas quanto a dificuldade de gerar filhos. Na medida em que tais técnicas deixam de cumprir esta finalidade, passando, ao invés disto, a criar problemas, é sem dúvida legítimo questionar sua validade e o direito de se fazer uso das mesmas. (Wider, 2007, p. 89).

Ademais, o tema é de complexidade exacerbada, exigindo a urgente intervenção do legislador no sentido de criar normas específicas para regular juridicamente a questão, de forma a impedir o efeito perverso de tão relevante recurso disponibilizado pela medicina moderna.

5.1.3 Projeto de Lei n.º 90/1999

Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei de iniciativa do senador Lúcio Alcântara, visando a regulamentação da técnica de reprodução assistida. A proposta foi protocolada no Senado Federal no ano de 1999, e após sofrer diversas emendas, no ano de 2003, foi encaminhada à Câmara dos Deputados, onde tramita desde então.

A redação do Projeto de Lei apresenta, na sua essência, muito dos conceitos contidos na Resolução 1.658 do Conselho Federal de Medicina, buscando enfatizar o caráter não oneroso de fornecimento do material humano a ser utilizado na execução da técnica, sendo admitido apenas na forma de doação. Reafirma, também, a imprescindibilidade de manifestação expressa das partes envolvidas e o sigilo de identidade dos doadores, excetuando-se os casos em que a saúde ou a vida da criança estejam em situação de risco,

sendo as informações genéticas necessárias para a sua preservação, conforme o texto contido no § 3.º do art. 6.º do Projeto de Lei em comento.

O Projeto de Lei em debate, se aprovado na forma em que se encontra textualizado, ao vedar o manejo de gametas e embriões de doadores falecidos, vai ao encontro da sugestão apontada no Enunciado n.º 127/CFJ, no sentido de suprimir a parte final do contido no inciso III do art. 1.597 do Código Civil brasileiro, que admite a fecundação artificial *post mortem*. Todavia, como ainda permanece o dispositivo no Código Civil, restará um conflito entre normas a ser dirimido posteriormente.

Diante do volume de controvérsias decorrentes do uso da técnica de reprodução assistida, e ainda considerando o princípio da preservação do melhor interesse da criança, a conveniência de sua prática é questionável, conforme assevera Diniz:

[...] enquanto não advier uma minudente e rigorosa regulamentação legal, um apelo à classe médica e ao legislador para uma profunda reflexão sobre a reprodução humana assistida com a mais absoluta responsabilidade e à sociedade para que acate o princípio superior da dignidade da pessoa humana nascida por meio da biotecnologia e o do superior interesse da criança assim gerada e ainda, invista mais num programa em favor dos “bebês de sarjeta”, abandonados em orfanatos à espera de uma família que os acolha, e menos nos projetos de “bebês de proveta, pois, parece-nos que seria importante salvar uma criança sem mãe ou pai do que um casal sem filho. (DINIZ, 2007, p. 544).

Apesar de se manifestar contrária a sua efetivação, Diniz (2007), não só se submete à realidade apresentada pelos avanços da ciência médica como reafirma a urgência na regulamentação da técnica, apresentando inúmeras sugestões para um anteprojeto acerca da reprodução humana em sua obra o *Estado Atual do Biodireito*.

Ao se referir ao Projeto de Lei, Gama (2003, p. 976), afirma que, em sua proposição, o autor visou basicamente tratar dos aspectos civis, administrativos e penais da reprodução assistida. Observa que o assunto é digno de ser mais amplamente debatido e esclarecido, incitando a participação mais efetiva das comunidades religiosas, científicas e acadêmicas.

5.2 Quanto à Regulamentação dos Direitos de Sucessão do Filho Concebido *post mortem*

Da forma como a situação se encontra plasmada no ordenamento jurídico, segundo Wider (2007), observa-se de plano a oposição entre as proposições contidas nos dispositivos constantes dos incisos III e IV do art. 1.597 e o contido no art. 1.798.

O Código Civil, em seu art. 1.597, incisos III e IV, assim dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (BRASIL, 2002).

Por outro lado, o art. 1.798 determina:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL, 2002).

A interpretação do inciso III do art. 1.597, conjuntamente como a disposição contida art. 1.798, deixa transparecer claramente a omissão do legislador quanto aos direitos do filho que poderá ser concebido após a morte do pai, em face das técnicas de reprodução assistida disponíveis, pois se concebido em data posterior aos trezentos dias após o falecimento do pai, conforme inciso II, não terá garantido nem mesmo o vínculo de paternidade, além de ficar afastado da sucessão legítima, atingindo frontalmente o ditame constitucional que assegura direitos igualitários entre os filhos, contidos no § 6º do art. 227.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

De acordo com Gama:

Nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002, há a previsão de presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por qualquer das técnicas de reprodução assistida homóloga ainda que o marido já tenha falecido. Contudo, o Código de 2002 não soluciona a questão a respeito da desigualdade entre os filhos no campo dos direitos sucessórios. (GAMA, 2003, p. 733).

O direito à herança, previsto no inciso XXX, art. 5.º, da Constituição Federal, também é tangido pela lacuna existente na legislação brasileira, pois se encontra desguarnecido de regulamentação no que concerne ao filho concebido *post mortem*.

No âmbito doutrinário existe corrente inclinada a defender que a situação seria dirimida com a aplicação do art. 1.799 do Código Civil, que dispõe em seu inciso I:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (BRASIL, 2002).

Nesse aspecto, afirma Gama (2003), que essa possibilidade fica inviabilizada em razão da firme determinação contida na Constituição Federal em favor da paridade de direitos dos filhos, já que, nesse caso, embora beneficiados com a herança por meio do testamento, recebem tratamento diferenciado dos demais filhos, pois não participariam da sucessão legítima. Além do mais, nessa hipótese, questões importantes em relação à validade, eficácia e revogação dos testamentos poderiam significar fragilidade à proteção dos direitos conferidos à criança.

É também nesse sentido o entendimento de Venosa (2005), ao afirmar que o filho advindo dessa técnica não poderia ser aceito como herdeiro do pai, uma vez que ainda não vivia e nem havia sido concebido por ocasião da abertura da sucessão, situação que não se coaduna com o ditame constante do art. 1.798. Dessa forma, na opinião desse autor, os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros.

No entender de Machado (2003) a sucessão testamentária, expressa no inciso I do art. 1.799, não alcança o filho havido por essa modalidade de inseminação artificial, pois o texto não se refere ao próprio filho resultante da fertilização por meio da criopreservação do sêmen do testador, mas aos filhos de outras pessoas vivas escolhidas por ele.

É desaconselhável, na visão de Gama (2003), a aplicação das técnicas de reprodução assistida, tendo em vista a fragilidade no tratamento legal oferecido à questão. Para o autor, o filho nascido de inseminação artificial *post mortem* teria garantido o estabelecimento da paternidade com base na verdade biológica, mas não se beneficiaria do efeito patrimonial, ensejando, de acordo com o pensamento do autor, a possibilidade de o filho buscar a reparação do dano, arguindo a responsabilidade civil da mãe, que o privou da herança deixada pelo pai e que foi repartida entre os sucessores existentes por ocasião de sua morte.

Na concepção de Dias (2009), a inexistência de norma legal impeditiva à inseminação *post mortem*, aliada ao princípio de igualdade entre os filhos, contemplado pela Constituição Federal, afasta a possibilidade de restrição ao direito de sucessão do filho concebido por esse meio.

Ainda de acordo com Dias, a possibilidade de não se reconhecerem direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora, eventualmente, afastada do convívio terreno. (DIAS, 2009, p.335).

A diversidade de interpretações e o significativo volume de dúvidas abrangendo as técnicas de reprodução assistida revelam a fragilidade do sistema jurídico em face das inúmeras possibilidades decorrentes das inovações tecnológicas.

De acordo com Fachin (1996. p.55) “a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativo, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação.”

Diante das repercussões acerca do tema, verifica-se que seu desfecho ainda está longe de ser alcançado. Entretanto, revela-se entre os doutrinadores a percepção de que, a partir da disseminação das técnicas de reprodução humana assistida, o Direito de Família e os institutos que nele estejam inseridos deverão ser analisados por meio de outro prisma, vez que as estruturas existentes não comportam as novas situações de direito decorrentes das inovações médicas.

6 O DIREITO ALIENÍGENA

6.1 No Direito Francês

No sistema jurídico francês, tanto os cônjuges como os companheiros têm direito de acesso à técnica de reprodução assistida, sendo exigido, entretanto, que o vínculo entre o casal seja duradouro e estável.

Na França, estar vivo é requisito para o acesso às técnicas de reprodução assistida, não sendo permitida a inseminação *post mortem*. Dessa forma, não há na legislação tratamento dado à questão sucessória naqueles casos.

Alguns princípios e regras podem ser enunciados a partir do tratamento legal no Direito francês, conforme Gama:

a) o recurso à reprodução assistida não é livre e incondicionado, somente podendo ocorrer em caso de infertilidade do casal cuja patologia tenha sido diagnosticada ou, na hipótese do casal ser fértil, para evitar a transmissão de doença hereditária de significativa gravidade, daí porque ALAIN BENABENTE considerou tal reprodução como subsidiária à procriação carnal; b) o casal interessado deve preencher quatro condições i) estar vivo; ii) ser casado ou viver em companheirismo, considerando o prazo de dois anos de convivência devidamente comprovada; iii) estar em idade de procriar, com o objetivo de evitar significativa distância de idade entre os pais e o filho – o que seria bastante prejudicial a este diante da maior possibilidade da morte de seus pais; iv) manifestar consentimento sobre o uso da técnica médica, após ser devidamente informado sobre os vários aspectos e conseqüências do emprego da técnica, e o prazo de um mês para reflexão – tal consentimento não possui qualquer exigência de formalidade quando a assistência não pressupõe o fornecimento de material fecundante de terceiro, ou seja, no caso de reprodução homóloga (material do próprio casal). É importante ressaltar que tais condições são apreciadas pelos médicos, sem qualquer ingerência ou participação de agente pública. (GAMA, 2003 p. 249).

Em se tratando de inseminação homóloga entre casais vivos, prescinde-se de maiores formalidades, já que trata de material a ser fecundado oriundo do próprio casal e, portanto, o liame jurídico de filiação se fundará no fator biológico. O acesso à técnica requer a observância de certos requisitos, mas transcorre sem a interferência direta do Estado. A análise prévia das condições para a utilização da técnica e os demais procedimentos para efetivação da inseminação artificial homóloga são acompanhados pela própria equipe médica.

6.2 No Direito Alemão

O direito ao uso de técnicas de reprodução assistida no Direito alemão é considerado um dos mais austeros. A reprodução assistida, sob a modalidade da inseminação artificial homóloga, somente pode ser realizada por indicação médica, sendo obrigatória a autorização escrita do marido ou companheiro. Não é admitida a inseminação *post mortem*.

Segundo Wider (2007), os doutrinadores alemães entendem a inseminação póstuma como um desrespeito aos bons costumes e que o direito sobre a destinação dos gametas humanos deixa de existir com a morte.

6.3 No Direito Espanhol

O Direito espanhol demonstra ser o mais liberal no que tange à reprodução assistida no sistema romano-germânico.

A lei espanhola de 1988 permite a inseminação *post mortem* e, conforme Gama (2003), o consentimento para tal se funda no artigo 10-1 da Constituição Espanhola, que assegura o direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade, incluindo aí o direito de procriar.

De acordo com Wider (2007), a Lei n.º 35 de 1988, da Espanha, não impõe limite ao direito da mulher de formar uma família, podendo se valer da inseminação *post mortem*. Mas, nesse caso, não é assegurado o direito de filiação em relação ao marido morto. Não decorrendo, portanto, direito sucessório para o filho nascido por esse meio.

Entretanto, o mesmo autor esclarece que, se a viúva se valeu da inseminação *post mortem* com o consentimento do marido, devidamente registrado por escritura pública ou testamento, com referência expressa acerca da autorização para utilização do uso material fecundante após a sua morte num período não superior a seis meses, persistirão os mesmos efeitos legais da filiação matrimonial. O mesmo ocorre em benefício da mulher que viveu conjugalmente com o homem morto e recorre à inseminação póstuma valendo-se do consentimento expresso e inequívoco do companheiro.

6.4 No Direito Português

No Direito português, a utilização de técnica, denominada naquele Estado como procriação medicamente assistida, é tratada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, publicada no Diário da República, 1.a série, n.º 143 do dia 26 de julho de 2006.

De acordo com o contido no item 1 do art. 22, a inseminação artificial *post mortem* não é permitida tanto para os casados formalmente como para aqueles que tenham vivido em união de fato, preceituando o item 2 que o sêmen recolhido com fundado receio de futura esterilidade deverá ser destruído se o homem vier a falecer.

O item 3 do mesmo artigo admite a transferência *post mortem* de embrião, desde que exista manifestação escrita no sentido da realização de projeto parental.

Entretanto, a proibição contida no art. 22 é relativizada ao estabelecer, em seu art. 23:

Artigo 23

Paternidade

1—Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. (PORTUGAL, 2006).

Em Portugal, o direito à sucessão decorrente da utilização da técnica de procriação medicamente assistida não é tratado pela lei em vigor.

6.5 No Direito Inglês

O direito inglês, de acordo com Gama (2003), com o advento do *Family Law Reform Act*, de 1987, permite-se formalmente o manejo das técnicas de inseminação artificial homóloga e heteróloga.

A legislação não faz alusão direta à fertilização *in vitro*, mas tem-se admitido o acesso à técnica sob as duas modalidades.

Não existe vedação expressa quanto à inseminação ou fertilização *post mortem*, mas, nesse caso, a criança nascida dessa técnica não terá garantido o estabelecimento da paternidade do falecido.

6.6 No Direito Estadunidense

Conforme Gama (2003), apesar de os Estados Unidos figurarem como a nação onde as tecnologias relativas à reprodução assistida mais recebem investimento, protagonizando, via de regra, os descobrimentos e avanços nessa área, não existe, naquele país, uma legislação unificada sobre a matéria.

Esse fato se justifica em razão da adoção do sistema *Common Law*, cuja interpretação do Direito se funda, principalmente, na jurisprudência, e ainda por se tratar de uma nação que se organiza em sistema de confederação, em que cada Estado tem autonomia para normatização sobre matérias de direito.

Segundo Gama (2003), mostra-se evidenciado na ordem jurídica daquele país o princípio da não-intervenção do poder público em assuntos familiares, tendo em vista o reconhecimento da autonomia da família, bem como a prevalência absoluta da liberdade e dos direitos fundamentais.

Valendo-se, ainda, da doutrina de Gama, infere-se que prevalece nos sistemas dos Estados Unidos, no que se refere ao uso das técnicas de reprodução assistida, as seguintes diretrizes:

a) não há proibição de doação de gametas – tanto masculino como feminino; b) apesar das entidades médicas recomendarem o anonimato da pessoa do doador, não existe regra legal a respeito; c) não existe expressa proibição quanto a remuneração das doações de gametas e embriões; d) na inseminação heteróloga a maior parte dos textos legislativos dos Estados que tratam da matéria prevê que o marido que consentiu é o pai jurídico da criança e, conseqüentemente não poderá impugnar a paternidade posteriormente; e) a mulher que dá a luz é considerada a mãe jurídica da criança, daí porque nos casos de maternidade-de-substituição o casal que desejou a criança deverá adotá-la tão logo ocorra o nascimento para adequar a situação da criança à parentalidade em favor dele. (GAMA, 2003, p. 334).

Do exposto, constata-se que a matéria é controversa em qualquer parte do mundo e ainda persistirão, por longo tempo, dúvidas e questionamentos acerca das consequências jurídicas em torno do uso das técnicas de reprodução assistida. Verifica-se, ainda, que a maior parte dos países opta pela vedação ao uso da técnica de inseminação homóloga *post mortem*.

7 CONCLUSÃO

O consentimento legal à fecundação artificial *post mortem*, contido no inciso III do art. 1.597 do Código Civil Brasileiro, garantindo a paternidade do filho concebido *post mortem*, e a inibição ao direito de sucessão desse filho, determinada pelo art. 1.798, demonstram que a vontade do legislador em aplicar a norma legal a uma necessidade legítima, nessas circunstâncias, se deu de forma temerária, redundando em afronta a princípios vigentes na ordem jurídica brasileira, dentre eles o princípio da igualdade entre os filhos e do respeito à dignidade humana.

A tentativa do legislador brasileiro de adequar o direito às inovações médicas, inserindo no Código Civil dispositivo permissivo ao uso das técnicas de reprodução assistida sem a devida previsão quanto aos direitos derivados dessa permissão, resultou em uma grande lacuna no ordenamento jurídico.

O Projeto de Lei n.º 90/1999, acompanhando a tendência da legislação alienígena, aponta como solução para a questão a supressão da parte final do inciso III do art. 1.597, excluindo a possibilidade de inseminação *post mortem*, o que, por um lado, afasta o problema da sucessão e demais problemas éticos e morais envolvidos na situação, mas, por outro prisma, reafirma o descompasso da evolução do Direito frente à ciência médica, posto que o manejo de técnicas de manipulação de gametas com fins reprodutivos é uma realidade fática, e sua proibição, na forma abstrata da lei, não é garantia de que não vá se materializar.

Percebe-se, na proposta legislativa em trâmite, um alto grau de preocupação em resguardar os direitos dos usuários da técnica de reprodução assistida em detrimento do princípio da preservação do melhor interesse da criança que nascerá, vez que a intenção do legislador é a de excluir qualquer direito ao filho nascido por intermédio do uso do gameta de pessoa falecida, destinando à criança às conseqüências negativas do ato.

Ignorar direitos legítimos da criança concebida por essa técnica tange frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, tão aguerridamente defendido por todos aqueles que atuam em nosso sistema jurídico.

Nesse aspecto, é conveniente salientar o fato de que o Código Civil anterior, na tentativa de resguardar o patrimônio material e imaterial concernente à instituição do casamento, dedicou alguns dispositivos ao trato da filiação extramatrimonial, dispensando-lhe

implacável classificação discriminativa, promovendo, por longos anos, prejuízos imensuráveis aos direitos patrimoniais e emocionais dos filhos havidos nessas circunstâncias.

O ritmo do progresso científico é impossível de ser alcançado pelo Direito. Entretanto, as causas sociais experimentadas, na atualidade, no segmento biotecnológico exigem a interface do Direito de modo a evitar que as relações humanas ocorram sob o estigma da insegurança jurídica.

A sociedade contemporânea comporta diferenciados modos de relacionamentos e, nesse aspecto, o avanço alcançado pela medicina no campo da reprodução assistida pode representar uma possibilidade de solução para os diversos entraves relacionados à realização do desejo de se constituir uma família.

Por tudo que se conheceu por meio do presente estudo, verifica-se a premente necessidade da atividade legislativa objetivando a regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida, de forma que o ganho em qualidade de vida trazido pelo progresso da ciência médica possa ser devidamente fruído, sem que isso represente prejuízo aos direitos da pessoa humana resultante do procedimento.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Bioética X Biodireito: Insuficiência dos Conceitos Jurídicos**. In: temas de Biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.2 .

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 mar 2009.

_____. **Jornada de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília : CJP, 2007. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download>. Acessado em: 14 dez 2008.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 mar 2009.

_____. **Relatório Geral Comissão Especial do Código Civil**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf> Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. **Resolução 1.358/92**. Conselho Federal de Medicina. Publicada no Diário Oficial da União do dia 19.11.92, Seção I Página 16053. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 15 jan 2009.

CASABONA, Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Trad. Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro. 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

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

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro. Guanabara, Koogan. 2001.

FRANÇA. Assemblée-Nationale.fr/Fiche de question 43202. Disponível em : <<http://www.assemblee-nationale.fr/http://questions.assemblee-nationale.fr/.htm>>. Acesso em 08 ago 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. **A Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. São Paulo, v. 817, n. 92, p. 11-34, nov. 2003

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional" Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em 12 jan 2009.

_____. **Direito Sucessório Brasileiro: Ontem, Hoje e Amanhã**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 12. p. 61-83, Jan-Fev-Mar/2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

LEITE, Giesele. **Conseqüências da Inseminação Artificial depois da Morte do Pai**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em 15 mar 2009

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1ed. Curitiba: Juruá. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito de Sucessões**. 35. ed. Ref. E atua. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de . **A União entre Pessoas do Mesmo Sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional.** Cadernos jurídicos Escola paulista da magistratura. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592, da Comarca de Porto Alegre. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 05 de abril de 2006. Disponível em: < <http://www.epm.sp.gov.br/> > Acesso em 18 mar 2009.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Bioética e Biodireito.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2711>. Acesso em 23 fev. 2009.

OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 20 out 2008.

PORTUGAL. Lei n.o 32/2006, de 26 de Julho. Procriação medicamente assistida. Publicada no Diário da República, 1.a série—N.o 143—26 de Julho de 2006. Disponível em <<http://www.dre.pt/cgi/> > Acesso em 3 mar 2009.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 4 mar 2009.

SOARES, Orlando. **Direito de Família: de acordo com o novo Código Civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família.** 6. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: aspectos do Biodireito e da Bioética.** 1. ed. São Paulo: Printed. 2007.

**ANEXO A PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999, de autoria do Senador
Lúcio Alcântara**

Dispõe sobre a Reprodução Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - embriões humanos aos produtos da união *in vitro* de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;

II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;

III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;

IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;

V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Art. 3º O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;

III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes, danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VI - demais informações definidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no art. 12.

§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;

II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do art. 9º;

III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.

§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de diagnóstico e terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou embriões.

§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECEMENTOS E PROFISSIONAIS

Art. 4º - Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:

I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;

III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.

Parágrafo único. - As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.

Art. 5º - Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a RA;

III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;

IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.

§ 1º A licença mencionada no caput, obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA, será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.

§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento.

SEÇÃO IV DAS DOAÇÕES

Art. 6º Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

§ 5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.

§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.

Art. 7º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação *in vitro* será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Art. 10. Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões *in vitro* só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.

§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.

§ 2º As intervenções autorizadas no caput e no parágrafo anterior só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

SEÇÃO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 11. A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no caput poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.

§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

SEÇÃO VII DOS CRIMES

Art. 13. É crime:

I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas e embriões sem a autorização deste;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

V - intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.

§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 14 O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.

Art. 15 Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Reprodução Assistida (RA) é a tecnologia que importa na implantação artificial de espermatozoides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.

Basicamente, as técnicas de RA pertencem a duas modalidades: aquelas em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o esperma, genericamente denominadas inseminação artificial (IA), e a fertilização *in vitro* (FIV), na qual o óvulo e o esperma são juntados em um tubo de proveta e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe.

A IA subdivide-se em inseminação intrauterina (IIU), em que o esperma é colocado no útero, transferência intrafalopiana de gametas (IFTG), em que os espermatozoides são introduzidos nas trompas de falópio, e inseminação intraperitoneal (IIP).

Na implementação dessas técnicas, pode-se utilizar sêmen e/ou óvulo homólogo (pertencente ao marido ou à própria mulher, respectivamente) ou heterólogo (doador por terceiros). Conforme a origem dos espermatozoides, portanto, a IA pode ser classificada em inseminação artificial intra-conjugal (IAC) e inseminação artificial com doador de esperma (IAD).

Há também o caso da gestação ou maternidade de substituição, em que uma mulher é contratada para dar à luz uma criança para outra mulher e que pode ocorrer tanto por IA, caso em que o óvulo pertence à mulher contratada (que, conseqüentemente, se torna a mãe genética e gestacional do bebê), quanto por FIV, com óvulo e/ou sêmen do casal contratante ou de terceiros. Se o acordo envolver retribuição financeira, o caso é conhecido por "útero de aluguel" ou "barriga de aluguel". Senão, trata-se de uma "doação temporária de útero".

Diante de todas essas possibilidades, a grande questão surgida a partir do desenvolvimento da RA diz respeito exatamente a suas conseqüências para o estado de filiação da criança.

Verificam-se os malefícios da RA, de forma bastante clara, em situações tais como o caso apresentado em artigo de revista, no qual uma menina de dois anos veio a ser declarada "criança sem pais" por um juiz do Tribunal Superior de Justiça da Califórnia.

Segundo o artigo, a garota, "fruto de um processo de fertilização artificial, obtido a partir de espermatozoides e óvulos de doadores anônimos", foi "gestada por uma mãe de aluguel", contratada por um casal no qual o homem apresentava baixa contagem de espermatozoides e a mulher, por sofrer de endometriose, não conseguia liberar os óvulos para fecundação e nem podia levar a termo uma gestação. O texto informa que, um mês antes do nascimento da criança, o homem decidiu separar-se da mulher e, para "livrar-se dos encargos

com a pensão alimentícia", "disse que nunca quis ter um filho dessa maneira e passou a repudiar qualquer responsabilidade paterna". "A Justiça, em princípio, aceitou o argumento". A mulher que desejou a criança foi autorizada a adotá-la, mas quer "obrigar o ex-marido a cumprir o contrato assinado por ocasião da concepção artificial".

O resultado disso é um ser humano que, "como não tem nenhum vínculo genético com o casal, nem com a mãe de aluguel", e descende de pais biológicos anônimos, "existe numa espécie de vácuo". Sobre o caso, médico brasileiro ouvido pela revista declarou que o casal deveria ter recorrido a uma adoção, em vez de se utilizar desse arranjo "antinatural" firmado em contrato, uma vez que nenhum dos dois envolveria seus genes ao bebê, nem a mulher poderia vivenciar a gestação.

Tudo bem que a situação acima descrita corresponda a um caso de utilização da RA com final infeliz. Porém, mesmo em casos com final feliz, a consequência normal do emprego dessa tecnologia é o surgimento de situações anômalas que, até então, ou não poderiam ocorrer, ou, quando ocorriam, eram consideradas infortúnios para os envolvidos. Referimos aqui às situações de "criança sem pai" (em alguns casos mais raros, "criança sem mãe), "criança com duas mães" e "criança com dois pais".

O emprego da RA pode originar uma "criança sem pai" em dois casos: quando o pai genético, do qual foi retirado esperma, morre antes da concepção ou quando uma criança nasce na ausência legal de um pai, como, por exemplo, o filho gerado como "produção independente" de uma mulher solteira fecundada com esperma doado (mais raramente, tem-se observado a situação de "criança sem mãe", quando dois homens contratam uma mulher para gerar uma criança que será cuidada apenas por eles dois).

Em relação ao primeiro caso, situação similar pode acontecer por "meios naturais" quando um homem morre deixando grávida sua esposa. Um acontecimento como esse - considerado, via de regra, uma tragédia para a criança que nascerá postumamente - origina uma situação nunca desejada por qualquer pessoa.

Já o segundo caso, até há pouco tempo considerado bastante desagradável para a criança (o filho "bastardo" de mãe solteira que nascia rejeitado pelo pai), deixou, em certos círculos da sociedade urbana ocidental, de representar um acontecimento perturbador e passou até a ser desejado por algumas mulheres que consideram o nascimento de uma criança um evento a ser reservado só para a mãe.

A "criança com duas mães" - verificada na gestação de substituição - possui uma mãe genética (que doou seu óvulo para a obtenção do embrião *in vitro*) e uma mãe gestacional (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz a criança). É nessa modalidade que mais se evidencia a artificialidade das técnicas, pois tal situação nunca ocorre por meios naturais

A última situação refere-se à "criança com dois pais", que nasce quando um homem infértil - pai legal - autoriza a inseminação artificial de sua mulher com esperma de um doador - pai genético - , caso freqüente no universo de utilização da RA. Nesses casos, os interesses da criança relativos à filiação permanecem parcialmente preservados, uma vez que ela tem como pais um casal legalmente constituído.

Considerando a possibilidade de utilização da RA, chega-se então à seguinte questão: é correta a criação deliberada dessas situações? A resposta a essa pergunta só poderia ser afirmativa se viesse embasada na hipótese de que para uma criança, ou para as crianças em geral, é melhor não ter um dos genitores ou ter mais de um genitor do mesmo sexo, do que ter só um pai e uma mãe da forma como ocorre naturalmente. É muito difícil tentar avaliar a correção dessa hipótese com base em fatos objetivos ou experiências que não sejam somente individuais, ou com base em postulados científicos (apesar de já haver evidências consistentes, baseadas em pesquisas disponíveis, que contrariam a hipótese de que é melhor ter somente mãe, por exemplo).

Porém, ainda que faltem esses postulados científicos ou constatações que possam ser estendidas para toda uma sociedade, é possível proceder a uma análise dos riscos a que se submetem as crianças nascidas com o emprego de RA.

Isso requer seja adotado o pressuposto de que nada do que o homem vem considerando como progresso até hoje permanecerá obrigatoriamente aceitável no futuro, sem uma avaliação concomitante sobre os riscos aos quais esse progresso expõe a humanidade e sem o aperfeiçoamento dos instrumentos científicos e tecnológicos idealizados para compensar totalmente esses danos.

Assim sendo, da mesma forma como ocorre com um levantamento de impacto ambiental, se a avaliação relativa ao emprego da RA trazer à luz a possibilidade de sérios riscos para a criança - mesmo que esses riscos possam estar acompanhados de possíveis vantagens - então deve-se recusar autorização ou idealizar mecanismos para desencorajar o recurso à RA. Acreditamos ser preciso fazer pelas crianças do futuro o que hoje já se faz a respeito de qualquer inovação que se deseje implementar no ambiente: se existem sérios riscos, então as mudanças não serão feitas, mesmo que algumas pessoas as criem vantajosas.

Quem quer que se proponha a uma análise como essa, constata facilmente que a técnica de maternidade dividida e o modelo do genitor de um único sexo acarretam riscos sérios o bastante para invalidar essas modalidades perante uma análise de impacto ambiental.

É, portanto, um ser humano como todas essas crianças, "sem genitor" ou "com dois genitores" do mesmo sexo, o balizador das escolhas que precisaram ser feitas no âmbito do projeto, definidas com o objetivo de tentar implementar a proteção que a criança requer em cada situação específica.

Quanto aos instrumentos existentes para impedir ou desencorajar as pessoas a recorrerem às práticas passíveis de trazer grandes riscos para a criança, observamos preliminarmente que nenhum instrumento poderia impedir totalmente essas práticas. Na cultura ocidental de hoje prevalece a assertiva da onipotência dos desejos individuais. Entre esses desejos está o de ter um filho a qualquer custo e em qualquer condição que o sujeito determine, sem que outra pessoa possa interferir. É um desejo muito forte e tende a prevalecer sobre a lei e sobre o respeito à criança que irá nascer.

Outra observação constatou que ameaças de natureza penal terão utilidade restrita aos casos específicos em que os envolvidos venham a buscar na Justiça a solução para seus conflitos. Essas ameaças dificilmente serão vistas com bons olhos pela sociedade e provavelmente não irão ter o alcance necessário para desencorajar o recurso às técnicas, uma vez que, como a RA oferece a oportunidade para que usuários e médicos realizem seus desejos recíprocos de procriar e permitir a procriação, o quadro provável é o estabelecimento de um pacto de silêncio entre eles. Recomenda-se, portanto, definir também outros mecanismos de dissuasão, sobretudo aqueles que vinculem efeitos de natureza civil, no âmbito do Direito de Família, aos atos do cidadão. A idéia é produzir efeitos judiciais diferentes daqueles que o sujeito estaria disposto a sofrer em decorrência de seu comportamento.

Assim, foram propostos os seguintes dispositivos para restringir e desencorajar, especificamente, cada uma das situações claramente indesejáveis para a criança.

Em relação aos casos que envolvam o desejo de utilizar material biológico - em geral esperma - de pessoas mortas para gerar uma criança, há que se distinguir entre duas situações:

- a do homem que torna disponível seu esperma para permitir a uma mulher (normalmente sua esposa) ter um filho seu mesmo após sua morte;
- a do doador anônimo que deposita seu esperma em um banco de sêmen e depois morre.

No que se refere à segunda situação, determinou-se ao banco de sêmen que não utilize gametas de um doador sabidamente morto. Porém, esse dispositivo não é suficiente para garantir que o gameta a ser utilizado não seja o de uma pessoa falecida, já que é impossível para o estabelecimento manter registro do que ocorre com cada pessoa após a doação. Assim, estabeleceu-se também uma outra coerção: proibir a conservação de esperma por tempo maior do que dois anos.

Já para evitar a primeira situação, o projeto proíbe o banco de gametas de entregar o material depositado a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante. A regra decisiva, porém, é aquela que exclui a atribuição de paternidade ao morto. É verdade que essa regra incrementa ainda mais o dano à criança, uma vez que ela, além de nascer "sem pai", não poderá reclamar descendência daquele que é seu pai biológico. Porém somente uma dissuasão assim tão forte pode ser capaz de evitar o emprego dessa prática prejudicial aos interesses das crianças do futuro.

Além disso, mesmo que se outorgasse, exclusivamente à criança e à partir de uma idade mínima, o direito de obter o reconhecimento de sua filiação', ainda assim teriam de persistir excluídas tanto as conseqüências relativas aos bens - herança, por exemplo - quanto à formalização de laços com os demais parentes do falecido. De fato, essa é a interpretação de Álvaro Villaça Azevedo, jurista brasileiro, que entende ficar o eventual nascituro excluído da herança, tanto por não poder competir com os herdeiros de seu pai morto previamente a sua concepção, quanto por não ser possível falar em retroação de efeitos, uma vez que eles não podem existir antes da concepção.

Em relação à utilização de gameta de um doador anônimo para possibilitar o nascimento de uma criança legalmente sem pai - ou, mais raramente, sem mãe - , o projeto propõe um meio efetivo de dissuasão: possibilitar à criança que vier a nascer que exerça o direito de exigir do doador o reconhecimento de paternidade, direito esse que também deve ser estendido ao doador que queira reclamar a paternidade da criança. Apesar da evidente dificuldade inerente a qualquer tentativa de rastrear e encontrar os doadores, a mera possibilidade de isso vir a acontecer pode servir para desencorajar as pessoas a recorrerem à prática.

Para se restringir a ocorrência de "dupla maternidade", em primeiro lugar determinou-se que a utilização da RA só será permitida como tratamento para os casos de infertilidade e para prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando haja indicação precisa e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica. Com esse dispositivo, busca-se evitar a gravidez artificialmente produzida em mulheres que ultrapassaram a idade reprodutiva ou o recurso à prática do "útero de aluguel" por mulheres que não desejam, por qualquer motivo, viver a experiência da gravidez e do parto.

A única exceção permitida de gestação de substituição ou doação temporária do útero aplica-se aos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a doadora temporária do útero (essa gestação não pode ter qualquer fim comercial ou lucrativo).

Como a Constituição Federal proíbe o comércio de órgãos, tornou-se obrigatório vedar o "útero de aluguel" (assim como o comércio de gametas e embriões), ainda que se saiba, como dito anteriormente, que o dispositivo será certamente desobedecido.

Porém, apesar de haver uma quase unanimidade mundial no sentido de proibir o "útero ou barriga de aluguel", é preciso não se iludir de que ela possa ser totalmente abolida. Isso é especialmente verdadeiro para o Brasil, onde a precária situação sócio-econômica da maior parcela da população certamente propicia a existência de mulheres dispostas a se oferecer para gerar filhos de outras mulheres em troca de remuneração.

Em decorrência disso, foi necessário também estabelecer claramente quem deve ficar com a criança em caso disputa. A legislação francesa optou por atribuir a maternidade à mãe gestacional, enquanto a jurisprudência americana vem consolidando a solução oposta. Este projeto, seguindo a linha francesa, determina que a mãe será aquela que deu à luz a criança, exceto no caso de mulheres que ultrapassaram a idade reprodutiva.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se determinou um mecanismo para desencorajar mulheres, tanto as de meia-idade quanto aquelas que não sofram de infertilidade, de recorrerem à RA pela vaidade de ter um filho fora da idade reprodutiva ou de não se submeter aos efeitos indesejados de uma gravidez, estabeleceu-se também a proteção para uma outra categoria: a mãe substituta. Consideramos mais justo proteger as mulheres que se dispuserem a alugar seu útero por dinheiro em detrimento das que se dispuserem a pagar por ele, independentemente das sanções legais a que os dois grupos sejam submetidos por desobedecerem à lei.

Pois bem, além de tentar desencorajar a utilização da RA para gerar situações potencialmente danosas para a criança, o projeto cuidou também de tentar resguardar seu direito à filiação.

Para resolver os questionamentos de filiação originados de situações em que se utilizou a RA, alguns países optaram por determinar, em lei ou nas decisões proferidas em juízo, a preponderância da paternidade artificial sobre a genética ou biológica, o que, além de solucionar a situação, constituiu uma maneira de fomentar a utilização e disseminação da RA.

Esse caminho, entretanto, gerou situação paradoxal, uma vez que se utilizam dois pesos e duas medidas para as diferentes situações. No caso, por exemplo, de casais que recorram à RA com a utilização de esperma de doador anônimo, atribui-se a paternidade da criança ao homem do casal, ignorando-se o papel dos genes do pai verdadeiro. Já no caso de "aluguel de útero" em que o óvulo provenha da mulher contratante, atribui-se-lhe a maternidade da criança, priorizando o papel de seus genes sobre a função exercida pela mulher geratriz.

Além dessa observação, faz-se necessária, neste ponto, uma breve menção sobre os direitos da personalidade humana, especialmente o direito de filiação. Sobre o assunto, reportamo-nos a Álvaro Villaça Azevedo:

O estado de filiação, como direito da personalidade, está vinculado à própria natureza do homem, que, descendendo, ex iure sanguinis, existe, nesse estado, desde sua concepção até sua morte, como um fato natural, independentemente de lei, que há de respeitá-lo, por inserir-se no âmbito do Direito Natural.

Ora, o respeito à situação natural da paternidade, da maternidade e da filiação é inerente ao Direito Natural, devendo preservar-se, como a própria natureza, prevalecendo sobre situações artificiais, *humani iuris*.

Reafirme-se, portanto, que, quando se cuida de direitos da personalidade, como o estado da pessoa, mormente o de filiação, a indispensabilidade dos princípios de Direito Natural.

Dessa forma, o direito à filiação, que inclui o conhecimento da filiação genética e biológica e se confunde com o direito à identidade, deveria ser respeitado independentemente de estar disposto em lei, a qual não deveria nunca torná-lo dispensável ou obstruir seu exercício.

Cabe enfatizar aqui - ainda que não seja necessário esse direito estar previsto em lei para que seja protegido - o disposto nos artigos sete e oito da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989:

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria (sic) apátrida.

Artigo 8

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Assim sendo, todas as nações deveriam salvaguardar à criança gerada o direito de ter uma filiação definida. Por esse motivo, e para evitar casos como o da criança considerada "sem pais" narrado anteriormente, o projeto dispõe que a criança nascida em decorrência do emprego de RA terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei e determina que os pais, salvo nos casos especificados, serão os usuários que tenham solicitado o emprego das técnicas para gerar a criança.

Do mesmo modo, as nações deveriam resguardar o direito da criança de conhecer sua filiação genética ou biológica. Por isso, estabelecemos, neste projeto o direito de a criança conhecer a identidade de seus pais genéticos no momento em que atinja a maioridade jurídica (esse direito também é garantido na Suécia), ou a qualquer tempo, diante do falecimento de seus pais. Observe-se que o estabelecido acima se estende a qualquer caso em que tenha ocorrido RA com o emprego de gameta heterólogo, indiscriminadamente.

No caso de criança legalmente sem pai - ou, mais raramente, sem mãe - , o projeto possibilita-lhe, além de conhecer a identidade do doador, exercer o direito de exigir do doador o reconhecimento de paternidade, direito esse que também é estendido ao doador que queira reclamar a paternidade da criança. Apesar da evidente dificuldade inerente a qualquer tentativa de rastrear e encontrar os doadores, a mera possibilidade de isso vir a acontecer pode servir para desencorajar as pessoas a contribuírem para originar esse tipo de situação que não atende aos interesses da criança.

Há que se ressaltar que, pela lei brasileira atual, em casos assim tanto a criança - no papel de filho - , quanto o doador, - no de pai - , já têm o direito de "pedir alimentos", consoante o Código Civil, em virtude de serem parentes consanguíneos.

Assinale-se também que esse dispositivo se coaduna com o princípio da "paternidade responsável" erigido pela Constituição Federal de 1998 e corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que determinam que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Espera-se, assim, que o projeto tenha o efeito de desencorajar a doação inconseqüente e o emprego irresponsável de gametas humanos e, portanto, a proliferação de casos que atentem contra o direito de filiação da criança e seu senso de identidade.

O terceiro grupo para o qual se buscou instituir proteção legal é o dos usuários das técnicas, que inclui todos os casais e mulheres que adquirem os serviços e produtos - gametas e embriões - dos estabelecimentos e profissionais de reprodução assistida. Essa proteção é requerida para se equilibrar essa relação comercial que apresenta, em uma ponta, indivíduos dispostos a tudo para realizar seu desejo de procriação, e, na outra, profissionais detentores unilaterais do conhecimento médico e remunerados substancialmente por seus serviços. A

desigualdade dessa relação é agravada não só pelo envolvimento emocional dos candidatos a pais, que podem por isso mesmo ser facilmente engendrados em acertos indesejados, mas também pela pressão econômica exercida pela indústria de tecnologia médico-farmacêutica, sempre pronta a patrocinar e incentivar as atividades de seu interesse.

Em relação aos usuários das técnicas, o principal objetivo do projeto foi zelar para que suas ações sejam tomadas de forma consciente, minimizando suas possibilidades de serem engendrados em situações das quais possam vir a se arrepender. Isso porque, além das conseqüências físicas para as mulheres e das conseqüências jurídicas relacionadas à paternidade da criança - que o projeto busca tornar vigentes - , existe ainda a questão da baixa efetividade das técnicas, contra seu alto custo em termos financeiros, psicológicos e biológicos.

Os dados sobre a efetividade dos tratamentos apresentam taxas de sucesso de 20 a 35%, quatro a sete vezes maior do que a taxa de 5% obtida no início dos anos 80, mas ainda assim muito baixas, sobretudo ao se considerar o sofrimento físico e psicológico por que passam os usuários das técnicas. Na FIV, a mulher é submetida, em média, a quatro tentativas (uma por mês) até a gravidez. Se esta nunca sobrevém e o casal não está adequadamente preparado, assiste-se a um quadro de profunda depressão.

Assinale-se que a escolha dos principais objetos de proteção da lei da forma acima explicitada orientou a redação dos demais dispositivos do projeto. Isso porque a qualidade da lei que busque regular a RA depende não só das distintas opções que se adotem diante das alternativas que se apresentam, mas também da coerência dessas opções (se o corpo de um projeto de lei apresentar escolhas feitas sem a menor coerência entre si, limitando de um lado aquilo que permite de outro, na prática, a lei originada não regulamentará nada).

Algumas das matérias abrangidas no projeto são bastante polêmicas, como a destinação a ser dada aos embriões excedentes. As diferentes possibilidades - doação para terceiros, doação para pesquisas, preservação ou descarte - esbarram nas divergentes opiniões sobre o status existencial do embrião, opiniões que se baseiam em critérios éticos, religiosos ou filosóficos de cada pessoa. Alguns autores consideram que os embriões já são gente ou seres humanos em desenvolvimento, o que inviabilizaria o descarte, a doação para pesquisa e mesmo a criopreservação.

Porém, conforme estatui magistrado membro da Associação Internacional de Magistrados para Assuntos de Menores, Turim, Itália, em artigo, já citado, que analisa as conseqüências da reprodução artificial sobre os direitos das crianças, as questões levantadas em relação à RA costumam ser abordadas de vários pontos de vista éticos ou religiosos. Isso, em sua opinião, não parece ser suficiente, pois ele considera que o papel do legislador não é fazer lei com base naquilo que alguns considerem estar de acordo com a vontade de Deus, nem no que a maioria dos cidadãos considerem estar de acordo com seus próprios princípios éticos. Quando as leis são feitas, elas devem também, e talvez principalmente, refletir o que parece ser útil para a totalidade de uma certa sociedade humana ou mesmo para toda a humanidade.

Seguindo a linha até aqui adotada de escolher as opções menos danosas para as crianças do futuro, consideramos que o descarte dos embriões excedentes implica menores riscos do que a doação para terceiros ou para pesquisas. Além disso, como o projeto já propõe um tempo máximo de preservação permitido, não há outra alternativa senão o descarte - a não ser que se pretenda proibir a criação de embriões excedentes ou obrigar o emprego desses embriões na inseminação de terceiros ou em pesquisas, alternativas de difícil regulamentação e fiscalização. Outrossim, se proibíssemos a criação de embriões excedentes, estaríamos prejudicando os usuários, uma vez que se limitariam suas oportunidades de se submeterem novamente à técnica de RA, no caso de insucesso na primeira tentativa.

Não se pode esquecer, no entanto, que o Código Civil Brasileiro resguarda, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro. Por essa razão, o projeto determina também que não se aplicam aos embriões fertilizados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos garantidos ao nascituro na forma da lei.

Chamamos mais uma vez a atenção para o fato de que, ao escolher a linha mestra de proteger a criança, este projeto fortalece o princípio da paternidade responsável erigido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não podemos nos esquecer, entretanto, que a tarefa de regulamentar a RA corresponde, de certa forma, a plagiar o Criador no momento em que Ele concedeu ao ser humano a capacidade de reproduzir-se espontânea e naturalmente. Assim, diante de tal responsabilidade, conclamamos nossos Pares a aperfeiçoar este projeto, com o intuito de buscarmos contribuir decisivamente para a qualidade de vida das crianças do futuro.

Sala das Sessões, em

Senador LÚCIO ALCÂNTARA

ANEXO B *Diário da República, 1.a série—N.o 143—26 de Julho de 2006*

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.o 32/2006

de 26 de Julho

Procriação medicamente assistida

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.o da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.o

Objecto

A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

Artigo 2.o

Âmbito

A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização *in vitro*;
- c) Injecção intracitoplasmática de espermatozoides;
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;
- e) Diagnóstico genético pré-implantação;
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Artigo 3.o

Dignidade e não discriminação

As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

Artigo 4.o

Condições de admissibilidade

1—As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.

2—A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.

Artigo 5.o

Centros autorizados e pessoas qualificadas

1—As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.

2—São definidos em diploma próprio, designadamente:

- a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal de saúde;
- b) O modo e os critérios de avaliação periódica da qualidade técnica;
- c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.

Artigo 6.o

Beneficiários

1—Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

2—As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Artigo 7.o

Finalidades proibidas

1—É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.

2—As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.

3—Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

4—As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem quimeras ou híbridos.

5—É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Artigo 8.o

Maternidade de substituição

1—São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2—Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3—A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

Artigo 9.o

Investigação com recurso a embriões

1—É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2—É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3—O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4—Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;

b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;

c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;

d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5—O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Artigo 10.o

Doação de espermatozoides, ovócitos e embriões

1—Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozoides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas.

2—Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

CAPÍTULO II

Utilização de técnicas de PMA

Artigo 11.o

Decisão médica e objecção de consciência

1—Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico.

2—Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer.

3—A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que a motivam, designadamente a objecção de consciência.

Artigo 12.o

Direitos dos beneficiários

São direitos dos beneficiários:

a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho;

b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correcta execução da técnica aconselhável;

- c) Ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos;
- d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA;
- e) Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da relevância social deste instituto.

Artigo 13.o

Deveres dos beneficiários

1—São deveres dos beneficiários:

- a) Prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas pela equipa médica ou que entendam ser relevantes para o correcto diagnóstico da sua situação clínica e para o êxito da técnica a que vão submeter-se;
- b) Observar rigorosamente todas as prescrições da equipa médica, quer durante a fase do diagnóstico quer durante as diferentes etapas do processo de PMA.

2—A fim de serem globalmente avaliados os resultados médico-sanitários e psicossociológicos dos processos de PMA, devem os beneficiários prestar todas as informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas com recurso a estas técnicas.

Artigo 14.o

Consentimento

1—Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

2—Para efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas.

3—As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

4—O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Artigo 15.o

Confidencialidade

1—Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA.

2—As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3—Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir.

4—Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5—O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Artigo 16.o

Registo e conservação de dados

1—Aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas é aplicada a legislação de protecção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde.

2—Em diploma próprio, de acordo com a especificidade dos dados relativos à PMA, é regulamentado, nomeadamente, o período de tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos.

Artigo 17.o

Encargos

1—Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos embriões doados.

2—O recurso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

Artigo 18.o

Compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões e outro material biológico

É proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

CAPÍTULO III

Inseminação artificial

Artigo 19.o

Inseminação com sémen de dador

1—A inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar.

2—O sémen do dador deve ser criopreservado.

Artigo 20.o

Determinação da paternidade

1—Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.o, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.o do Código Civil.

2—Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de facto no acto de registo do nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto, documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14.o

3—Nos casos referidos no número anterior, no registo de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo 14.o

4—Não sendo exibido o documento referido no n.o 2, lavra-se registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864.o a 1866.o do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e conseqüente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento.

5—A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos n.os 1 e 2 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.

Artigo 21.o

Exclusão da paternidade do dador de sémen

O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Artigo 22.o

Inseminação *post mortem*

1—Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.

2—O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3—É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Artigo 23.o

Paternidade

1—Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2—Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.o, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.o 3 do artigo 1839.o do Código Civil.

CAPÍTULO IV

Fertilização *in vitro*

Artigo 24.o

Princípio geral

1—Na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2—O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25.o

Destino dos embriões

1—Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2—Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo.

3—O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.o 1 do artigo 14.o

4—Não ficam sujeitos ao disposto no n.o 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

5—Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9.o

Artigo 26.o

Fertilização *in vitro post mortem*

Se aquele que depositou o seu sêmen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação *post mortem* nos artigos 22.o e 23.o

Artigo 27.o

Fertilização *in vitro* com gâmetas de dador

À fertilização *in vitro* com recurso a sêmen ou ovócitos de dador aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 19.o a 21.o

CAPÍTULO V

Diagnóstico genético pré-implantação

Artigo 28.o

Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação

1—O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.o 3 do artigo 7.o

2—É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA.

3—É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4—Os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares.

Artigo 29.o

Aplicações

1—O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência.

2—As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.

CAPÍTULO VI

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

Artigo 30.o

Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida

1—É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

2—São atribuições do CNPMA, designadamente:

a) Actualizar a informação científica sobre a PMA e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;

b) Estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões;

c) Acompanhar a actividade dos centros referidos na alínea anterior, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;

d) Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;

- e) Dar parecer sobre a constituição de bancos de células estaminais, bem como sobre o destino do material biológico resultante do encerramento destes;
- f) Estabelecer orientações relacionadas com a DGPI, no âmbito dos artigos 28.o e 29.o da presente lei;
- g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projectos de investigação que envolvam embriões, nos termos do artigo 9.o;
- h) Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de PMA prestam o seu consentimento;
- i) Prestar as informações relacionadas com os dadores, nos termos e com os limites previstos no artigo 15.o;
- j) Pronunciar-se sobre a implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde;
- l) Reunir as informações a que se refere o n.o 2 do artigo 13.o, efectuando o seu tratamento científico e avaliando os resultados médico-sanitários e psicossociológicos da prática da PMA;
- m) Definir o modelo dos relatórios anuais de actividade dos centros de PMA;
- n) Receber e avaliar os relatórios previstos na alínea anterior;
- o) Contribuir para a divulgação das técnicas disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;
- p) Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, beneficiários e crianças nascidas;
- q) Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

3—O CNPMA apresenta à Assembleia da República e aos Ministérios da Saúde e da Ciência e Tecnologia um relatório anual sobre as suas actividades e sobre as actividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado da utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

Artigo 31.o

Composição e mandato

1—O CNPMA é composto por nove personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da PMA.

2—Os membros do CNPMA são designados da seguinte forma:

- a) Cinco personalidades eleitas pela Assembleia da República;
- b) Quatro personalidades nomeadas pelos membros do Governo que tutelam a saúde e a ciência.

3—Os membros do Conselho elegem de entre si um presidente e um vice-presidente.

4—O mandato dos membros do Conselho é de cinco anos.

5—Cada membro do Conselho pode cumprir um ou mais mandatos.

Artigo 32.o

Funcionamento

1—O CNPMA funciona no âmbito da Assembléia da República, que assegura os encargos com o seu funcionamento e o apoio técnico e administrativo necessários.

2—O Conselho estabelece em regulamento interno a disciplina do seu funcionamento, incluindo a eventual criação e composição de uma comissão coordenadora e de subcomissões para lidar com assuntos específicos.

3—Os membros do CNPMA têm direito a senhas de presença, por cada reunião em que participem, de montante a definir por despacho do Presidente da Assembleia da República, e, bem assim, a ajudas de custo e a requisições de transporte, nos termos da lei geral.

Artigo 33.o

Dever de colaboração

Todas as entidades públicas, sociais e privadas têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo CNPMA para o exercício das suas competências.

CAPÍTULO VII

Sanções

SECÇÃO I

Responsabilidade criminal

Artigo 34.o

Centros autorizados

Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.

Artigo 35.o

Beneficiários

Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.o 2 do artigo 6.o é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 36.o

Clonagem reprodutiva

1—Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2—Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

Artigo 37.o

Escolha de características não médicas

Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 38.o

Criação de quimeras ou híbridos

Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 39.o

Maternidade de substituição

1—Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2—Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 40.o

Utilização indevida de embriões

1—Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2—Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei.

Artigo 41.o

Intervenções e tratamentos

1—Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150.o do Código Penal.

2—As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.

Artigo 42.o

Recolha e utilização não consentida de gâmetas

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artigo 43.o

Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade

Quem violar o disposto no artigo 15.o é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

SECÇÃO II

Ilícito contra-ordenacional

Artigo 44.o

Contra-ordenações

1—Constitui contra-ordenação punível com coima de E 10 000 a E 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de E 500 000 no caso de pessoas colectivas:

- a) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem as condições previstas no artigo 4.o;
- b) A aplicação de qualquer técnica de PMA fora dos centros autorizados;
- c) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que, para tal, se verifiquem os requisitos previstos no artigo 6.o;
- d) A aplicação de qualquer técnica de PMA sem que o consentimento de qualquer dos beneficiários conste de documento que obedeça aos requisitos previstos no artigo 14.o

2 — A negligência é punível, reduzindo-se para metade os montantes máximos previstos no número anterior.

SECÇÃO III

Sanções acessórias

Artigo 45.o

Sanções acessórias

A quem for condenado por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias:

- a) Injunção judiciária;
- b) Interdição temporária do exercício de actividade ou profissão;
- c) Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos;
- d) Encerramento temporário de estabelecimento;
- e) Cessaçao da autorização de funcionamento;
- f) Publicidade da decisão condenatória.

SECÇÃO IV

Direito subsidiário

Artigo 46.o

Direito subsidiário

Ao disposto no presente capítulo é aplicável, subsidiariamente, o Código Penal e o regime geral das contra-ordenações.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais

Artigo 47.º

Outras técnicas de PMA

À injeção intracitoplasmática de espermatozóides, à transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo IV.

Artigo 48.º

Regulamentação

O Governo aprova, no prazo máximo de 180 dias após a publicação da presente lei, a respectiva regulamentação.

Aprovada em 25 de Maio de 2006.

O Presidente da Assembleia da República, *Jaime Gama*.

Promulgada em 11 de Julho de 2006.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 14 de Julho de 2006.

O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.