



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

BRUNO ETORE CAPOZZI

**BIODIREITO:
INSEMINAÇÃO PÓSTUMA**

Florianópolis (SC)

2009

BRUNO ETORE CAPOZZI

**BIODIREITO:
INSEMINAÇÃO PÓSTUMA**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Taís Rosa, Esp.

Florianópolis (SC)

2009

BRUNO ETORE CAPOZZI

**BIODIREITO:
INSEMINAÇÃO PÓSTUMA**

Esta monografia foi avaliada pela banca e julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis (SC), 11 de novembro de 2009.

Prof^a e Orientadora: Taís Rosa, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Examinador: Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Examinador: Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis (SC), 11 de novembro de 2009.

Bruno Etoze Capozzi

Dedico esta monografia a memória de meu tio José Capozzi, que hoje não está presente fisicamente, mas estará sempre vivo em meu coração e no qual o meu amor será eterno.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Alberto Victorio Capozzi e mãe Dolores Prates Barbosa Capozzi, que de forma inenarrável me apoiaram nesta jornada, da qual só nós sabemos das dificuldades enfrentadas para que eu chegasse até aqui

Aos meus irmãos Alberto Capozzi Neto e Fabiana Capozzi, cada um de seu modo, pela compreensão e paciência durante esta jornada.

A minha namorada Aliny que com muita paciência me aturou nesses últimos meses e sempre esteve ao meu lado me dando forças, “puxões de orelha” e incentivo.

Aos meus avós paternos e maternos que, apesar da distância geográfica, sempre estiveram comigo com palavras de apoio e incentivo.

A todos os meus parentes que sempre me trataram com carinho e amor.

Aos meus amigos pela compreensão, incentivo e, principalmente pela força e companheirismo em todos os momentos.

A todos os professores da Unisul, pelo conhecimento passado e por tudo que me ensinaram.

Agradeço à minha orientadora, professora Taís Rosa, por dividir seus conhecimentos comigo, pela paciência e incentivo.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma torceram e incentivaram para que aqui chegasse.

Minha sincera gratidão!

“Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida e viver com paixão, perder com classe e viver com ousadia. Pois o triunfo pertence a quem se atreve e a vida é muito bela para ser insignificante.” (Charles Chaplin)

RESUMO

A presente monografia trata sobre inseminação póstuma, sendo uma questão da área do Biodireito referente aos problemas médicos-científicos, provenientes do exacerbado desenvolvimento na área biotecnológica. É relatada a carência de legislação no Brasil sobre a temática e indicar possíveis alternativas baseadas em posições doutrinárias pátrias e posicionamento de outros países frente a problemática questão. A presente monografia atenta para a permissão do emprego da inseminação póstuma no Brasil, ficando assim resguardado princípios constitucionais já pacificados em nosso ordenamento jurídico como da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras Chaves: Inseminação póstuma. Direito sucessório. Princípios constitucionais. Inseminação artificial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA.....	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA	13
2.2 SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO	15
2.2.1 Bioética	15
2.2.2 Biodireito.....	17
2.3 A INSEMINAÇÃO PÓST MORTEM	19
2.4 O CASO PARPALAIX.....	20
3 INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO DIREITO BRASILEIRO	22
3.1 DOS AVANÇOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 QUANTO À VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO ARTIGO 1798, PERTINENTES À SUCESSÃO DOS NÃO CONCEBIDOS.	22
3.2 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA.	24
3.2.1 Corrente restritiva	25
3.2.2 Corrente parcialmente restritiva	26
3.2.3 Corrente inclusiva	28
3.3 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.798 e 1.597, III CC, À INSEMINAÇÃO PÓSTUMA.....	32
4 PROBLEMAS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA.....	34
4.1 RELEVÂNCIA DA MATÉRIA.....	34
4.2 A QUESTÃO DA MONOPARENTALIDADE.....	36
4.3 A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA	37
4.4 PROJETO DE LEI Nº 90, DE 1999, QUANTO À INSEMINAÇÃO PÓSTUMA	39
4.5 TRATAMENTO JURÍDICO EM OUTROS PAÍSES	40
4.5.1 Alemanha	41
4.5.2 Bélgica.....	41
4.5.3 Dinamarca	42
4.5.4 Espanha	42
4.5.6 Itália	43
4.5.7 Holanda	43

4.6 A NECESSIDADE DO ESCLARECIMENTO DA MATÉRIA.....	44
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50
ANEXO – Projeto de Lei nº 90 (Substitutivo)	53

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo atentar a carência do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à inseminação póstuma, mostrando as posições doutrinárias existentes sobre a matéria no âmbito nacional e o tratamento dado à problemática em outros países, visando encontrar a solução que melhor repare aos anseios para o deslinde dos problemas provenientes da inseminação póstuma.

Antes de entrar no mérito da questão faz-se um quadro evolutivo sobre a inseminação artificial humana que, inevitavelmente, culminou em diversos problemas éticos onde ficou constatada que toda a sociedade se encontrava de certa forma despreparada para lidar com tais conflitos.

Visando o estudo e apontamento de soluções para os problemas provenientes na área da biotecnologia surge a bioética e, conseqüentemente, o biodireito impondo limites éticos e jurídicos aos avanços tecnológicos, regulamentando e delimitando os crescentes avanços provenientes da área da ciência.

Dentre os problemas tratados pela bioética e pelo biodireito surge a inseminação póstuma, objeto principal do presente estudo, onde no Brasil, a legislação não define nem regulamenta sua possibilidade e consequências.

O que se observa, no caso do Brasil, é a grande demanda de juristas que se concentram em correntes doutrinárias acerca da matéria, ocasionando diversas interpretações para a problemática sem chegar a um ponto de equilíbrio e consenso para o tratamento da questão.

Assim, o estudo sobre o tema visa embasado nos princípios constitucionais pátrios e através do direito comparado, apontar o melhor procedimento legal a ser adotado pelo Brasil para solucionar a carência de legislação da problemática concernente à inseminação póstuma.

No que diz a respeito à metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois o estudo partiu de um aspecto geral para um específico. Esse procedimento foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica.

O presente estudo foi desenvolvido em 5 capítulos. O primeiro capítulo trata da parte introdutória.

O segundo capítulo faz uma evolução histórica da inseminação artificial, mostrando os problemas surgidos com a evolução científica, o que culminou em polémicas tratadas pela bioética e pelo biodireito. Dentre os problemas estudados pela bioética e pelo biodireito surgem os casos de inseminação póstuma conceituados também neste capítulo.

No terceiro capítulo, evidenciando a omissão legislativa, mostrou as correntes doutrinárias nacionais à respeito da inseminação póstuma. Tratou-se também da inseminação póstuma no direito brasileiro, mostrando os avanços do Código Civil vigente frente ao Código Civil anterior quanto à vocação hereditária e a possibilidade de aplicação do artigo 1.597, III e 1.798 do Código Civil, no que tange à inseminação póstuma.

O quarto capítulo enfatizou os problemas jurídicos da inseminação póstuma, atentando pela necessidade de uma regulamentação jurídica para o tratamento da questão, mostrando o tratamento dado à temática em países desenvolvidos, evidenciando a omissão do sistema legislativo brasileiro sobre a matéria.

No último capítulo é apresentada a conclusão, oportunidade em que foram apresentados pontos relevantes para se fazer uma reflexão a respeito da inseminação póstuma.

2 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA

Contrapondo o que a grande maioria imagina, a utilização da inseminação artificial em seres humanos é bastante antiga, onde se tem relatos de uma gravidez humana por tal método no ano de 1799,¹ sendo que a primeira inseminação heteróloga, ou seja, a inseminação com espermatozoides doado por um terceiro estranho ao casal, sendo assistida, tenha ocorrido em 1884.

É consideravelmente muito difícil percorrer toda a trajetória da procriação artificial humana, tendo em vista que, muito do seu uso, tenha ocorrido na clandestinidade.

Para corroborar com esta linha de raciocínio é cabível citar um fragmento do estudo realizado por Fátima Oliveira, que diz:

[...] por exemplo, pouco sabemos o que cientistas alemães realizaram nessa área durante a segunda guerra mundial e nos anos que a antecederam. A Alemanha era um centro avançado da ciência em praticamente todas as áreas. Descobriu-se que no Instituto para Investigação em Biologia Reprodutiva, fundado em 1942, na Alemanha, existia um departamento que objetivava estudar mulheres arianas inférteis, cuja reprodução interessava ao governo nazista. No entanto as experiências eram realizadas em prisioneiras dos campos de concentração, ou seja, em mulheres que o nazismo pretendia exterminar. O que os cientistas nazistas descobriram e inventaram não sabemos ainda, mas é certo que questões de hereditariedade e de procriação lhes interessavam muito.²

A autora ainda introduz em seu estudo fatos intrigantes que levam a crer todo o poder da engenharia genética nazista que talvez possam materializar a veracidade dessa história:

O médico e filósofo nazista Joseph Mengele, comandante da SS (SS-Schutzstaffel: Tropas de Proteção) e médico do campo de Auschwitz, dedicou-se ao estudo da gemelaridade. Pesquisas recentes revelaram que

¹ OLIVEIRA, Fátima. **Bioética – uma face da cidadania**. 1. ed. Moderna: LTr, 1997. p. 34-35.

² OLIVEIRA, p. 35.

em 1963, na cidade de Cândido de Godói (RS), nasceram 50 pares de gêmeos. A média de nascimento gemelar é de 1 em cada 20 partos; em Cândido de Godói foi de 1 por 5! Jorge Camarasa, jornalista e escritor argentino, informa que nos anos 60 Mengele residia em Cândido de Godói. Podemos supor que talvez ele tenha posto em prática seus conhecimentos.³

A partir de 1950, com a possibilidade técnica de congelamento de sêmen, se tornou possível e viável um maior aprimoramento e divulgação da inseminação artificial em seres humanos.⁴

Existem relatos de que o primeiro ser humano gerado por intermédio de inseminação artificial tenha ocorrido em 1953, mas foi em 1978 na Inglaterra com o nascimento de Louise Toy Brown, que a mídia veio realmente enfatizar a façanha das experimentações do ginecologista Patrick Steptoe e o biólogo Robert Edwards, ao ser noticiado o nascimento do primeiro “humano de proveta”.⁵

Já em 1980, na Austrália, foi fundado o primeiro Banco de Embriões Humanos Congelados, que no mesmo ano anunciou o nascimento da primeira criança provinda de um óvulo doado de uma mulher para outra sendo fertilizado em laboratório.⁶

É importante citar datas significativas da evolução genética no que tange à inseminação artificial humana como o nascimento em 1983 da primeira criança originada de um óvulo doado, fertilizado pelo marido e desenvolvido no útero da esposa e, em 1984, nasceu na Austrália Zoe, a primeira criança oriunda de um embrião congelado.⁷

Com o vultoso e acelerado crescimento no campo da inseminação artificial começaram a surgir os problemas e evidenciou-se que toda a sociedade se encontrava de certa forma despreparada para sanar tais conflitos.

Em 1986 surge o caso Baby M. – onde Mary Beth Whitehead a “mãe de aluguel”, recusou-se a entregar sua filha ao casal contratante.

No mesmo ano é a vez do caso Davis x Davis que ficou marcado por ser a primeira luta na justiça entre um casal pelo direito dos embriões congelados.

³ OLIVEIRA, 1997. p. 35.

⁴ VASUDEVAN, sajeev. **Inseminação artificial**. Disponível em: <<http://www.shvoong.com/medicine-and-health/gynecology/1647181-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial/>>. Acesso em: 19 set. 2009.

⁵ OLIVEIRA, 1997. p. 35.

⁶ OLIVEIRA, loc. cit.

⁷ Ibid., p. 36.

Ainda, em 1992, ocorreu o caso da viúva de Toulouse na França em que se deu a primeira briga na justiça pelo direito de se implantar embriões após a morte do marido.⁸

O surgimento dos mais variados conflitos provenientes da evolução científica e genética trouxeram à discussão situações inusitadas, até então, que vieram efetivamente ocorrer no mundo jurídico.

Surgiu a necessidade de saber como utilizar esses novos conhecimentos de forma racional e ética, sem desrespeitar os direitos fundamentais, surgindo assim a Bioética e o Biodireito.

2.2 SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Devido aos crescentes avanços tecnológicos no campo da biotecnologia, nosso ordenamento jurídico vem apresentando várias lacunas, tendo em vista que o direito não acompanha a velocidade vertiginosa da evolução científica e tecnológica.

Partindo desta premissa, é clarividente a importância de se impor limites éticos e jurídicos no que tange os avanços tecnológicos, surgindo assim, os termos Bioética e Biodireito que visam justamente regulamentar e delimitar os crescentes avanços provenientes da área da ciência, conceituados abaixo:

2.2.1 Bioética

Históricamente, desde 1971, a expressão Bioética vem sendo utilizada, tendo como ponto de partida o artigo “Bioética, Ponte para o Futuro”, escrito pelo oncólogo e biólogo Van Pensseler Potter, tendo como objetivo principal discutir os novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico, saindo de uma ideologia científica para um caminho mais embasado pelo humanismo, sendo que

⁸ Ibid., p. 37.

pouco tempo depois, o obstetra holandês Hellegers, realizou outra abordagem sobre o tema.⁹

No ano de 2005, a Conferência Geral da UNESCO, adotou a declaração universal sobre bioética e direitos humanos, que consolida os princípios fundamentais da bioética, visando definir e promover um quadro normativo que possa ser utilizado para a formulação de legislações nacionais abrangendo o avanço técnico-científico, através do biodireito.¹⁰

O Conceito do termo Bioética, segundo a enciclopédia digital Wikipédia é a seguinte:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.¹¹

Como instrumentação de estudo no campo da bioética têm-se uma metodologia que se propõe examinar, de modo aprofundado e atualizado, a natureza do fato biomédico, ressaltar suas implicações num plano e identificar as 'soluções' éticas e as justificativas de ordem racional que sustentam essas soluções.

A reflexão sobre a bioética tem hoje três diferentes momentos: a bioética geral, a bioética especial e a bioética clínica, da qual a bioética especial é a que vem de encontro ao tema, ou seja, a bioética especial analisa os grandes problemas, enfrentados sempre sob o perfil geral, tanto no terreno médico, quanto no terreno biológico: saúde pública, fertilidade, engenharia genética, aborto, doação e transplante de órgãos, eutanásia, experimentação clínica e, inclusive, a inseminação póstuma, dentre outros temas polêmicos.¹²

Quanto às teorias provenientes do campo da bioética Débora Diniz conceitua:

⁹ WIKIPÉDIA. **Bioética**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica>>. Acesso em 12 set. 2009.

¹⁰ WIKIPÉDIA. **Bioética**. 2009.

¹¹ WIKIPÉDIA. loc. cit.

¹² EDUCATERRA. **A Revolução da Biogenética**. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/revolucao_biogenetica4.htm>. Acesso em 25. set. 2009.

Edmund Pellegrino, um dos pais da bioética, afirma que se deve buscar a raiz humanista da medicina, e que tal operação deve passar pela redescoberta da tradição hipocrática. Beauchamp e Childress, por sua vez, propõem uma teoria de princípios que determina quatro princípios para a ética biomédica: autonomia da medicina, não-malefício, benefício e justiça. Robert Veatch propõe cinco pontos fundamentais na relação entre o médico e o paciente: autonomia, justiça, compromisso, verdade e não matar. A teoria utilitarista, em contraposição direta com o paradigma tradicional da ética médica, remove a sacralidade da vida humana do centro da discussão e a substitui pelo paradigma de maximização da qualidade de vida.¹³

Diante dos problemas ético-jurídicos que naturalmente foram surgindo com os crescentes avanços da biotecnologia, surge a necessidade de novas normas reguladoras para tais atividades. As recentes técnicas de reprodução humana assistida, amplamente utilizadas em vários países, inclusive no Brasil, trazem uma nova realidade social a ser analisada pelos juristas.

Surge o biodireito como um novo seguimento do conhecimento jurídico que surgiu frente às problemáticas éticas e as inovações da biotecnologia, tornando-se rapidamente um campo fértil e ao mesmo tempo polêmico em razão da ação paulatina do legislador diante desses novos fatos.

2.2.2 Biodireito

Conceituando o termo biodireito Enéas Castilho Júnior assevera:

Desta forma, chega-se ao conceito de "Biodireito", que seria, justamente, a positivação -ou a tentativa de positivação- das normas bioéticas.

Biodireito seria, portanto, a positivação jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas.

Biodireito é um termo que pode ser entendido, também, no sentido de abranger todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor -ou proibir- uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas.

Desta maneira, pode-se dizer de forma mais concisa que Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a

¹³ DINIZ, Débora. **O que é bioética**. 1 ed. Brasiliense, São Paulo, 2002. p. 69.

discussão sobre a adequação -sobre a necessidade de ampliação ou restrição- desta legislação.¹⁴

Verifica-se, portanto, de forma coloquial, que o biodireito surge como um estudo jurídico sobre legislações impondo regras e limites às experimentações no campo da biotecnologia, tendo sempre um embasamento relacionado com a bioética.

Juridicamente, é correto afirmar que o biodireito é o novo ramo do direito que contempla normas reguladoras no que tange à conduta do ser humano em relação aos avanços provenientes da medicina e executados pela biotecnologia, visando a preservação da dignidade humana.

Ratifica o exposto acima, o entendimento de Silvia Mota:

O biodireito nasce da necessidade de proteger o indivíduo como ser biológico, desde a sua concepção, ou por que não dizer, desde o seu patrimônio genético à sua morte e mais além, até o seu cadáver. Surge em resposta ao apelo que a bioética envia ao Direito, ao insistir que deve existir uma proteção ao ser humano, não apenas como ser individual, mas também, como representante da espécie humana.¹⁵

Devido aos crescentes e inevitáveis avanços tecnológicos, a biotecnologia tem assumido o poder de transformar a natureza humana produzindo quase que diariamente inovações que, por muitas vezes, chegam a assustar a sociedade, surgindo assim a necessidade de regulamentação sólida, elencando princípios como o da autonomia, do consentimento informado, da beneficência e não-maleficência, da justiça, da sacralidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana.

Com esse conjunto de regras de respeito ao corpo humano, o biodireito atenta também para execução destas, onde o magistrado, de acordo com Enéas Castilho Júnior, devem se desvencilhar dos tradicionais ditames que se prendem, unicamente, ao poder imperativo da racionalidade e da experiência, acrescentando-

¹⁴ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/1924>> Acesso em 18. set. 2009.

¹⁵ MOTA, Silvia. **Biodireito**. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/verbete-biodireito.htm>> Acesso em 18. set. 2009.

se a esses domínios vários fatores como as condições sociais, econômicas, éticas e morais que envolvem as relações fáticas.¹⁶

Ressaltando a importância desse novo conjunto de regras formadores do biodireito têm-se as várias problemáticas provenientes da área científica, algumas já abordadas pela jurisprudência como o direito de escolher as características físicas de seu filho em um laboratório; o direito de não nascer com defeito genético por exemplo, e outras ainda sem embasamento jurídico como o objeto deste estudo que são os aspectos jurídicos da inseminação póstuma.

O fato é que, com jurisprudência ou não, todas essas questões necessitam de uma legislação específica que garanta uma maior segurança legal, partindo assim a necessidade premente de que o biodireito venha da forma mais absoluta possível positivar as normas bioéticas.

Dentro do biodireito surgem as questões éticas no que se refere a inseminação artificial, uma vez que os avanços tecnológicos trouxeram à discussão várias situações até então inesperadas que podem ocorrer no mundo jurídico onde os problemas e discussões se intensificam quando o assunto é a inseminação póstuma, ou seja, o processo de inseminação da mulher, após a morte do marido, com o sêmen coletado deste, quando em vida.

São tantas as complicações que podem surgir com a inseminação póstuma, que o assunto ganhou grande relevância em debates nos diversos ordenamentos jurídicos mundiais.

2.3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *PÓST MORTEM*

As novas técnicas de inseminação artificial trouxeram possibilidades nunca imaginadas no campo da ciência e genética, sendo que hoje, tais avanços permitem o aproveitamento de material de filiação biológica após a morte do cônjuge ou companheiro, sendo que o homem ou a mulher que houver conservado seu material genético poderá, se a legislação embasada em princípios concernentes à

¹⁶ CHIARINI JÚNIOR, 2009.

bioética e biodireito permitir, autorizar que seu cônjuge ou seu companheiro, utilize do mesmo após o seu falecimento.

Melhor explicando, a inseminação *post mortem* pode ser conceituada como a possibilidade de fecundação de filhos com o gameta do cônjuge ou pessoa morta, que tenha em vida deixado sêmen ou óvulo criopreservado, para a finalidade de conceber filhos. De forma simplificada, é a inseminação artificial posterior à morte daquele que doa seu material genético.

Nesse sentido conceitua Guilherme Calmon Nogueira Gama:

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.¹⁷

Juridicamente, a técnica de reprodução artificial *post mortem* é questão muito controvertida no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo assim, as mais diversas interpretações das quais surgem várias problemáticas que serão abordadas nos tópicos seguintes.

2.4 O CASO PARPALAIX

Na França, “(...) em agosto de 1981, Corine Richard encontrou o amor no jovem Alain Parpallaix, passando a conviverem. Poucas semanas depois da união surgiram sintomas de câncer nos testículos de Alain que, antes de submeter-se à quimioterapia, o ameaçava com a esterilidade, optou em depositar seu esperma numa clínica de conservação de sêmen, para uso futuro.

Corine e Alain casaram-se *in extremis*, mas dois dias depois da cerimônia o varão faleceu; alguns meses depois Corine comparece à clínica para ser inseminada com os gametas de seu finado esposo, mas os responsáveis pela empresa recusaram o pedido, por falta de previsão legal.

A jovem bateu às portas do Tribunal de Créteil, França, onde se discutiu a titularidade das células e a existência de um contrato de depósito que obrigaria o centro a restituir o esperma, alegando os médicos que não se cuidava de pacto de entrega, na medida que o material da pessoa morta é uma coisa fora do comércio e no território francês não havia lei que autorizasse a fecundação póstuma.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Nova Filiação – Biodireito e as relações Parentais**. 1. Ed. Renovar, São Paulo, 2003. p. 732.

Depois de longo debate, a decisão do Tribunal condenou a clínica a devolver à viúva o sêmen reclamado, impondo uma cláusula penal por eventual demora.

Infelizmente a inseminação não teve sucesso, pois os espermatozóides já não mais estavam potencializados para a fecundação.(...)”.¹⁸

Pode-se dizer que o caso supracitado, denominado “affair parpalaix”, foi o episódio que desencadeou os artigos existentes atualmente, no que se refere à inseminação póstuma, alertando os países a começaram se preocupar com o destino do material coletado para inseminação artificial, pois vem sendo cada dia mais comum homens vítimas de câncer, alertados por seus médicos, congelarem seu sêmen antes das sessões de quimioterapia que levam muitos homens à esterilidade devido à destruição das células germinativas, visando por muitas vezes a realização de um sonho e realização conjugal quanto à possibilidade do casal conceber filhos biológicos futuramente.

Assim, existe a opção para obter e armazenar esperma de homens que sofrem radiação ou quimioterapia para tratamento de câncer, se eles desejarem ter as crianças no futuro, sendo possível que isto esteja disponível no futuro para a proteção de óvulos. No evento que o homem ou mulher não se recupera do câncer, seriam armazenados seus respectivos meios reprodutivos, ou seja, óvulo no caso da mulher falecida ou sêmen no caso do homem falecido, ficando disponível para reprodução póstuma a pedido do marido ou esposa, bem como companheiro ou companheira nos casos de união estável.

¹⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <www.esmape.com.br>. Acesso em: 28. set. 2009.

3 INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DOS AVANÇOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUANTO À VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO ARTIGO 1798, PERTINENTES À SUCESSÃO DOS NÃO CONCEBIDOS.

O Código Civil de 2002, ao tratar da vocação hereditária, apresentou novidades, principalmente no artigo 1.798, onde salienta que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Portanto, diz a nova lei que legitimam-se a suceder, sem fazer, distinção entre a sucessão legítima e a testamentária, esclarecendo que tanto podem ser herdeiros legítimos, testamentários ou mesmo legatários os indivíduos que já tivessem nascido quando do momento exato do falecimento do *de cujus*, ou seja, todos os que já estivessem concebidos no mesmo momento.

Com isso, a matéria que antes era restrita à sucessão testamentária, ganhou uma maior ampliação, abrangendo também a sucessão legítima, sendo que, pela redação do Código Civil de 2002, fica aberta a possibilidade tanto dos nascidos quanto dos nascituros serem chamados à sucessão, ficando os nascituros, de acordo com o artigo 1800, § 3º Código Civil, quanto a eficácia da vocação, dependentes do fator nascimento.

Outra novidade surge no artigo 1799, I, do Código Civil, que traz a possibilidade de sucessão aos não concebidos, ficando previstas estas três hipóteses de sucessão de pessoas físicas pelo Código Civil de 2002 elencadas acima que são a do nascido que herda desde o momento da sucessão, do nascituro que herda a partir do momento do nascimento e o não concebido tratado no Código Civil de 1916, no art. 1718, com a antiga denominação da prole eventual, onde a nova redação veio suprir lacunas deixadas pela legislação antiga, sendo que neste caso só poderá ser titular de direito sucessório, na sucessão testamentária.¹⁹

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71. v. 6.

Corroborando com este entendimento Silvo Rodrigues comenta:

O inciso I do art. 1.799 abre importante exceção ao princípio de que somente têm legitimação para suceder as pessoas nascidas (= existentes) ou já concebidas na época do decesso do autor da herança. Esse inciso diz respeito à prole eventual de determinada pessoa. Não se trata do nascituro (*conceptus*), cuja situação já foi resolvida no art. 1.798, mas do *nondum conceptus*, isto é, de pessoa futura, de indivíduo nem ainda concebido.

No Código Civil de 1916, art. 1.718, segunda parte, admitia-se a disposição do testador à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão. Muito se discutiu se prole eventual compreendia somente filhos ou quaisquer descendentes. O Código Civil de 2002, art. 1.799, I, não mais fala em prole, mas em filhos, ainda não concebidos, de pessoas designadas pelo testador, como ocorre, também, no Código Civil italiano (art. 462, AL.3) e no Código Civil português (art. 2.033², 2, a). extingue-se, pois, a polêmica.²⁰

Outro avanço do legislador com o Código Civil de 2002, diz respeito à aplicação da regra do art. 1.798 do Código Civil, quanto à situação da vocação hereditária nos casos de inseminação artificial, encontra-se no enunciado aprovado nº 267 da III jornada de Direito Civil, que trata:

267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.²¹

Dessa forma, pode-se concluir que o Código Civil de 2002, trouxe grandes avanços no que tange à vocação hereditária, principalmente com o direito à sucessão dos não concebidos, suprimindo lacunas e dirimindo controvérsias que vinham sendo originadas pelo Código Civil 1916, e com a extensão da regra do art. 1.798 CC, abrangendo a vocação hereditária nos casos de inseminação artificial, designando, com isso, um grande passo para o tratamento de problematizações provenientes do campo da biotecnologia.

Mas, o nosso Código Civil atual ainda é inerte ao se tratar da inseminação póstuma quanto à vocação hereditária, pois, neste caso, ainda sequer há embrião no momento do falecimento do *de cujus*, de modo que a hipótese sob apreciação não envolve os casos abordados pelo Código Civil vigente que se limita

²⁰ RODRIGUES, Silvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41. v. 7.

²¹ ENUNCIADOS Aprovados. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <www.emes.org.br>. Acesso em: 18. set. 2009.

a abranger determinados casos como a problemática dos embriões excedentários, inclusive no que refere à presunção mencionada no artigo 1.597, inciso IV, do Código Civil, ao admitir que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Assim, para compreensão da vocação hereditária, ainda deve-se levar em conta a simultaneidade de existência entre o herdeiro concebido e o autor da sucessão.²²

3.2 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA

No caso da inseminação artificial póstuma, Guilherme Calmon conceitua sua possibilidade:

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.²³

Dessa forma, pelas novas técnicas de reprodução assistida, existe a possibilidade do congelamento de embriões, na perspectiva de uma futura utilização através de inseminação artificial, ficando evidente a possibilidade do sêmen ou embrião preservados, serem utilizados mesmo após o falecimento do cônjuge ou companheiro.

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, o aumento da complexidade dos casos concretos, como o surgimento de tais possibilidades anteriormente nunca imaginadas, os operadores do direito encontram-se enfrentando situações que os fazem se adequarem e conhecerem os fundamentos da reprodução humana, visando tanto adaptar-se às normas jurídicas já existentes

²² ALBUQUERQUE FILHO, 2009.

²³ GAMA, 2003. p. 732.

para sanar conflitos concretos, quanto promoverem novas leis que sanem as atuais lacunas existentes no ordenamento jurídico pátrio já existente.

Atualmente existem três correntes doutrinárias no que tange a inseminação póstuma, sendo que a primeira corrente denominada como restritiva não reconhece nenhum direito a essa filiação, nem mesmo ao direito de reconhecimento da paternidade.

A segunda corrente denominada como parcialmente restritiva, vem conhecer o direito ao reconhecimento da paternidade, mas não admite a possibilidade de sucessão por tal procedimento não ser embasado pelo código civil atual.

A terceira corrente concede direito a paternidade e direito a sucessão desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida, já que constitucionalmente é proibida a distinção entre filhos.

Pormenorizadamente conceituam-se as três correntes abaixo:

3.2.1 Corrente restritiva

Para os doutrinadores que defendem a corrente supracitada, na inseminação póstuma não se reconhece qualquer direito ao filho proveniente de tal método, tanto no direito de família, quanto para fins da sucessão.

Ainda, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, pois entendem que estes tipos de atuações são consideradas socialmente danosas, pois, neste caso, devido ao fator morte, não existe mais a figura do casal, fato que poderia acarretar diversos problemas psicológicos em relação à criança que nascerá sem a perspectiva de conhecer seu pai e de dispor da figura materna e paterna concomitantemente em sua vida, ferindo o princípio da paternidade responsável, pois o falecido não pode gerar um ser humano, mesmo que o doador deixe expressa manifestação de vontade a favor da inseminação post mortem.²⁴

²⁴ CAGGY, Milena. **Inseminação Artificial Post Mortem**. Disponível em: <www.soartigos.com>. Acesso em: 18. set. 2009.

Para Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida, não se enquadrando na regra contida no artigo 1.798, do Código Civil.²⁵

Além disso, os entendimentos dos doutrinadores defensores desta corrente se inclinam a exclamar que a concessão da reprodução póstuma poderá gerar insegurança jurídica aos herdeiros a época da abertura da sucessão, pois, através da inseminação póstuma, ser possível o nascimento do herdeiro muitos anos depois da morte do doador, ficando o patrimônio indivisível até o nascimento da criança.

Para o doutrinador Guilherme Calmon não há como de admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*. Assim assevera o autor:

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.²⁶

3.2.2 Corrente parcialmente restritiva

Na segunda corrente, os autores, cada um ao seu modo, admitem certos efeitos à criança oriunda de inseminação póstuma no direito de família.

Sobre a referida matéria Guilherme Calmon pondera que:

[...] a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no

²⁵ ALBUQUERQUE FILHO, 2009.

²⁶ GAMA, 2003. p. 1000.

fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...].²⁷

Denota-se que a tese da responsabilização civil da genitora da criança por se haver submetido à técnica de inseminação após a morte do cônjuge ou companheiro, utilizando material genético deste, não deve prevalecer porque se assim fosse os filhos de relações que não fossem programadas e, por muitas vezes indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para responsabilizar seus pais biológicos.

Ainda, outros autores admitem a possibilidade de inserção do concebido após a morte do *de cujus* apenas no que tange a sucessão testamentária, desde que haja expressado disposição de última vontade em favor de prole eventual do próprio *de cujus*.

Neste sentido, Guilherme Calmon constata:

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.²⁸

Sobre a matéria, Giselda Hironaka aduz que de acordo com a lei, não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. No entanto, admite que o testador poderá fazê-lo por via reflexa, bastando que indique a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozóide, se testadora²⁹.

Visando sanar a problemática da morosidade que possa ocorrer com o nascimento da criança em virtude dos embriões preservados Juliane Fernandes afirma:

²⁷ GAMA, 2003. p. 733.

²⁸ Ibid., p. 732.

²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

Desnecessário lembrar que seria altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, tendo em vista que o sêmen pode ficar criopreservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado. Portanto, deverá ser fixado o prazo de espera do nascimentos dos filhos, dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto³⁰.

Portanto, fica evidenciado que a segunda corrente vem admitir, ainda que de uma forma pessoal de cada doutrinador, a inserção da criança inseminada em alguns efeitos sucessórios, sendo que cada autor defensor desta segunda corrente, realiza suas ponderações e entendimentos próprios ao que tange a possibilidade sucessória na inseminação póstuma.

3.2.3 Corrente inclusiva

A terceira corrente, da qual acreditamos chegar mais próximo ao tratamento correto para esta matéria, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, tanto no âmbito de filiação quanto ao direito das sucessões.

O principal fator que evidencia o direito da filiação se dá por tal método tratar de espécie de inseminação artificial homóloga, pois todo o material genético, sêmen e óvulo, são do casal, ou companheiros no caso de união estável.

Portanto, não há qualquer dúvida sobre a filiação biológica da criança proveniente de inseminação póstuma, sendo que o nascido provém de matéria genética do falecido e de seu cônjuge. Assim, resta clarividente a paternidade biológica da criança.

Analisando o artigo 226 de nossa Carta Magna em seus parágrafos, pode-se constatar que o planejamento familiar é de livre deliberação do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ficando vedada qualquer forma repressiva, para o exercício desse direito, por parte de instituições oficiais ou privadas.

O que fica claro com o supracitado artigo é que nosso sistema jurídico reconhece e agasalha o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do

³⁰ QUEIROZ, Juliane fernandes. **Paternidade:** Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

planejamento familiar, não sendo admissível qualquer norma ou regra que restrinja à inseminação artificial *post mortem*, até porque, de acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, devem ser reconhecidos todos os tipos de entidades familiares, pois o que reza o artigo 226 de nossa Carta Magna, quanto aos tipos de entidades familiares, são meramente exemplificativos. Vejamos o que aduz o doutrinador:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade³¹

Além disso, o que ocorre na maioria dos casos é que o planejamento familiar tenha se iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e por infortúnios, infelizmente venha a se concretizar somente após a morte de um dos mesmos.

Parece ser incabível qualquer ordenamento jurídico vir restringir o planejamento familiar mesmo após o falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, pois, se assim agisse, nosso sistema jurídico viria frustrar mais que um planejamento, pode-se dizer que, muitas vezes, nosso sistema jurídico entraria em ação frustrando um sonho, alimentando ainda mais a dor da perda, sendo que neste caso ocorreria uma perda dupla, ou seja, além do falecimento do cônjuge ou companheiro, faleceria também todo o sonho do planejamento familiar do casal por intermédio de um sistema jurídico que não vem respeitar seus próprios princípios como o da dignidade humana, da paternidade responsável e, inclusive, do pluralismo das entidades familiares.

Portanto, ocorrendo obviamente manifestação de vontade, fundada no consentimento expresso que tenha deixado o falecido para a permissão da utilização do material genético deixado para uma futura procriação e, desde que o cônjuge ou companheiro sobrevivente continue na condição de viúvo ou que não tenha constituído uma outra união estável, a fim de evitar a confusão de paternidade, resta permitida a inseminação póstuma, fazendo com que os efeitos jurídicos sejam reconhecidos em sua totalidade ao nascido, sendo este, filho para todos os efeitos

³¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: Para Além do Numerus Clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de família. Família e Cidadania – O Novo CCB e a vacatio Legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95.

jurídicos, a começar pela subsunção ao regramento constitucional da igualdade da filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, sendo que tal regramento não admite nenhuma exceção legal, de modo que o filho biológico concebido por inseminação artificial póstuma é filho legítimo do falecido.

Outro fator relevante no que tange o reconhecimento do nascido pode ser interpretado, nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, ao admitir como concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido”. Sendo a inseminação póstuma homóloga, pois é realizada com os materiais genéticos do casal, o nascido, concebido através dessa técnica, de acordo com o artigo 1.597, inciso III, é filho legítimo do falecido.

O principal fato diferenciador da segunda corrente para a terceira corrente se encontra quando é discutida a sucessão dos nascidos por inseminação póstuma, sendo que a segunda corrente aponta para que nessas circunstâncias o nascido não tem direitos sucessórios e a terceira corrente afirma que o nascido tem todos os direitos partindo do princípio da igualdade entre os filhos.

Assim, qualquer contrariedade neste sentido estaria ferindo princípio constitucional da igualdade entre os filhos, elencado no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, pois o legislador constitucional não previu qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos, não cabendo ao intérprete, mesmo em hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, estabelecer qualquer ato restritivo.

Quanto ao princípio constitucional entre os filhos, Paulo Lôbo afirma:

[...] não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco³².

O magistrado José Luiz Gavião de Almeida faz interessante apontamento quanto a não aplicação do princípio da igualdade entre os filhos ao concepturo, senão vejamos:

³² LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Vol. XVI – Artigos 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

Reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro.³³

Utilizando do Estatuto da Criança e do Adolescente, leciona Rolf Madaleno (2007, p. 156):

A Lei n 8.069, de 13.07.90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, na esteira do art. 227, § 6º, da Carta Política de 1988, reforçou a proibição de designações preconceituosas da filiação, que passou a ser designada como simplesmente natural, sendo eliminada a classe dos filhos preferidos, em contraponto aos filhos preteridos, mas preteridos apenas pela mão do homem, e não pela vontade e criação de Deus. Com o advento da Lei n 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que trata da verificação oficiosa da paternidade, surgem outras medidas concretas, renovando a proibição de qualquer menção à origem da filiação. E nessa linha de orientação seguiu o Código Civil de 2002 ao encerrar, no seu art. 1.596, terem todos os filhos os mesmos direitos, advenham ou não da relação de casamento, sendo vedadas quaisquer designações diferenciadoras.

Dessa maneira, resta evidenciada que a igualdade de filiação está respaldada não somente pelo Código Civil de 2002 ou pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também pela Constituição Federal de 1988, não sendo permitida a discriminação da criança quanto a sua origem.

Sendo assim, a terceira corrente, embasada inclusive em princípios constitucionais, acredita que a possibilidade da exclusão de direitos ao nascido gerado mediante fecundação artificial *post mortem* viola os princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança e, apenas com o reconhecimento de todos os direitos assistidos à criança nascida mediante fecundação póstuma estaria sendo respeitada nossa Carta Magna, aplicando e efetivando o que o legislador constitucional se preocupou, ou seja, se preocupando com a dignidade humana.

No caso da inseminação *post mortem* o filho é desejado, sendo um sonho, fazendo parte de um projeto familiar que infelizmente restou infrutífero por circunstâncias alheias à vontade dos interessados.

³³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: Direito das Sucessões** – V. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

Com isso, fica esclarecido que a perspectiva excludente do direito de se realizar a inseminação póstuma e a restrição do direito do filho tão sonhado e desejado pelos seus pais entra em discordância com os modernos princípios do direito de família, como os princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

3.3 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.798 e 1.597, III CC, À INSEMINAÇÃO PÓSTUMA

Outro fundamento usado por alguns doutrinadores simpatizantes da terceira corrente está na interpretação do artigo 1.798, do Código Civil, vindo salientar que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Verifica-se que o legislador ao elaborar as regras contidas no art. 1.798 e 1.597, III, do Código Civil, não fez idéia de onde os avanços científicos no campo da genética poderiam chegar ao tocante da reprodução humana, sem nunca imaginar que um filho pudesse provir de uma inseminação após o falecimento do cônjuge ou companheiro.

Alguns doutrinadores entendem que o embrião ainda que não implantado já se encontre concebido e, com isso, resta cabível todos os direitos do artigo 1.597, III e a aplicação do artigo 1.798 do Código Civil aos casos de inseminação póstuma.

Para a doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o embrião, ainda que não implantado, está concebido e, sendo assim, o conceito de nascituro compreende o conceito de embrião. A autora define embrião, dizendo que singularmente é um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro, ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, ficando plenamente aplicável no caso de inseminação póstuma o artigo 1.597, inciso III do Código Civil.³⁴

³⁴ HIRONAKA, 2007. p.74.

Assim, a criança assim concebida e gerada terá iguais direitos de família e de sucessões em comparação com os herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, ou seja, a criança será filha do falecido e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, em atenção ao princípio constitucional da igualdade de filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 1.596, do Código Civil.

Aplicando tal interpretação a criança gerada através da realização da inseminação artificial, mesmo se falecido o marido, tem direito à presunção da filiação, como concebida na constância do casamento por fecundação artificial homóloga, nos termos do artigo 1597, inciso III, do Código Civil.

É de fundamental importância acrescentar que na Jornada de Direito Civil, ocorrida no Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11 a 13 de junho de 2002, aprovou-se tal interpretação no seguinte sentido:

Interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.³⁵

Outro fator importante está na redação do artigo 1.597 do Código Civil que não se refere à união estável ao se referir que se presume concebido na constância do casamento, excluindo assim, a união estável do enquadramento do referido artigo. Tal redação fez com que a maioria dos autores interpretassem a presunção do art. 1.597 do Código Civil não abrangendo a união estável.

O cabimento dos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil aos casos de União estável é constitucional pois, sob a luz do § 3º do artigo 226 da nossa Carta Magna, deve-se aplicar à união estável o disposto nos referidos artigos.

Neste sentido Paulo Lôbo afirmar que “ainda que o artigo sob comento refira-se à “constância do casamento” a presunção de filiação, paternidade e maternidade, aplica-se à união estável”³⁶.

³⁵ ENUNCIADOS Aprovados, 2009.

³⁶ LOBO, 2003. p. 59.

4 PROBLEMAS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA

Surge, com a possibilidade do sêmen, o óvulo ou o embrião, criopreservados, serem utilizados mesmo após o falecimento do homem, como é o caso da inseminação póstuma problemas como a quem pertence o direito de decidir quanto o embrião preservado, além de diversos problemas na área do direito de família como filiação, direito sucessório como a legitimidade para o filho concebido através de inseminação póstuma para suceder, além de princípios constitucionais como o da igualdade entre os filhos, pois, alguns doutrinadores pátrios, vêm se inclinando para a impossibilidade da inseminação póstuma ou com a permissão do uso de tal artifício com restrições à criança no que tange seus direitos sucessórios e de filiação, além de questões éticas e sociais que possam surgir com uso desse método de reprodução humana.

4.1 RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

Com os avanços quase que diários das técnicas de reprodução assistida, enfatizando a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva de futura inseminação, bem como no caso da criopreservação de sêmen ou óvulo para futura utilização que se aplica à inseminação póstuma, a ciência faz ser plenamente possível e palpável que o sêmen, o óvulo ou o embrião, criopreservados, possam ser utilizados mesmo após o falecimento do homem, o que traz problematizações que desafiam o direito, pois interferem na doutrina e legislação vigente que trata temas como o direito sucessório, filiação, dentre outros que são de ímpar importância para uma vivência organizada e pacífica de qualquer sociedade.

Assim, os operadores do direito vêm cada vez mais enfrentando situações desafiadoras em que se faz necessário o conhecimento dos fundamentos da reprodução humana, tanto para se adequarem às normas jurídicas já existentes na busca de soluções justas para os casos concretos, quanto para promoverem a criação de novas leis que atualizem o ordenamento jurídico já existente, uma vez que a sociedade evolui, e com ela aumenta a complexidade dos casos concretos.

Denota-se que o legislador não vem conseguindo acompanhar o ritmo acelerado que se desenvolve a ciência, deixando lacunas que certamente causam uma insegurança jurídica à sociedade como o direito sucessório nos casos de inseminação póstuma por exemplo.

No tocante à inseminação artificial homóloga póstuma verifica-se a extrema importância da matéria, uma vez que pode gerar situações delicadas como o fato de um filho, por ter nascido enquanto ambos os pais estavam vivos, ser considerado herdeiro legítimo, enquanto outro filho, nascido por inseminação artificial homóloga após a morte do pai, ser considerado, no máximo, herdeiro testamentário, como uma das correntes doutrinárias acerca da matéria, o que, inquestionavelmente, fere o princípio da igualdade entre os filhos, contemplado em nossa Carta Magna.

Corroborando com a relevância da matéria relacionada à inseminação artificial, Eduardo de Oliveira Leite pondera:

Questão tormentosa e que, certamente, vai se colocar à argúcia dos magistrados diz respeito aos filhos decorrentes das procriações artificiais, ou, como querem alguns juristas, dos filhos engendrados com assistência médica.³⁷

Relacionando mais especificamente no que concerne à inseminação póstuma, Guilherme Calmon acrescenta:

[...] se torna mais complexa diante da possibilidade da técnica de reprodução assistida homóloga ocorrer no período em que já havia falecido o marido ou o companheiro e, portanto, o nascimento ocorrer depois dos trezentos dias do falecimento do ex-parceiro.³⁸

No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite leciona:

[...] quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão". E conclui: "solução favorável à criança

³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito das Sucessões – V. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109.

³⁸ GAMA, 2003. p. 731.

ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem* ³⁹.

Por se tratar de um tema relativamente novo ainda não existe jurisprudência firmada sobre o assunto, nem legislação que traga segurança jurídica.

Resta evidenciada a fundamental importância se tratar dessa matéria, visando se precaver dos graves problemas que advirão em um futuro próximo, pois, na medida que a ciência e a sociedade avançam, nosso ordenamento jurídico tem que acompanhar tais evoluções científicas de forma a tentar impor regras para que nossa legislação se mostre cada vez mais forte e preparada para os problemas que surgem devido os avanços da sociedade.

4.2 A QUESTÃO DA MONOPARENTALIDADE

Outro aspecto importante, ao se analisar as conseqüências de uma inseminação póstuma, se inclina a observar e estudar o lado da criança que, na aplicação do método, nascerá sem gozar da estrutura familiar biparental.

Uma das argumentações contrárias dos doutrinadores quanto à procriação assistida depois da morte do doador reside no fato de proteção ao direito da família e à identidade pessoal do nascido, que já nasceria órfã, sendo prejudicada por não ter o direito de usufruir da estrutura familiar biparental.

Seguindo essa linha de raciocínio Eduardo de Oliveira Leite, a inseminação póstuma não tem cabimento, pois não se figura mais um casal, o que poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, surgindo a indagação se haverá, ou não, possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade, no caso de inseminação póstuma. ⁴⁰

Nos filiamos à idéia de que a técnica de inseminação póstuma deve ser aceita pois, no mundo em que vivemos hoje, onde já se considera como normal filhos serem criados por uma estrutura familiar monoparental, resta não cabível o

³⁹ LEITE, 2005. p. 110.

⁴⁰ Ibid., p. 109.

fundamento da sua não aceitação residir no fato de que a criança ficará perturbada psicologicamente.

Atualmente inúmeras pessoas nascem, crescem, constituem sua prole, levam uma vida normal sem nunca ter conhecido o pai ou a mãe e nem por isso se mostraram perturbadas psicologicamente. O que realmente pode perturbar psicologicamente uma criança é esta ser fruto de um acidente ou de uma irresponsabilidade de seus genitores que não queriam ter um filho ou que simplesmente não aceitam a criança, fato que gera uma criação carente de afeto e atenção à criança.

Quanto à inseminação póstuma o que ocorre é um desejo do casal em ter uma criança e, quando ocorre este desejo, certamente a criança será criada com todo afeto e atenção necessária para um pleno desenvolvimento humano.

Esse tipo de proibição não pode ser fundamentado com o enfoque de a criança acarretar perturbações psicológicas por não ter a presença dos pais simultaneamente em sua vida, impedir a inseminação póstuma só vem a afirmar que, pelas lacunas, devido ao fato da nossa legislação vigente não abordar a matéria, o direito ainda age de uma forma antiquada em um mundo que se desenvolve vertiginosamente.

Desta forma, no mundo em que vivemos, é inadmissível que a decisão de ter um filho tenha sido inicialmente manifestada e, por uma circunstância alheia a vontade de qualquer um, possa esse desejo restar infrutífero pelo falecimento do cônjuge ou companheiro. O impedimento da realização de um sonho nobre e particular como este poderá ocasionar um distúrbio psicológico não na criança mas sim no cônjuge que além de perder seu amado ficará impossibilitado de realizar um verdadeiro sonho do casal.

4.3 A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

Ao observar nossa legislação concernente ao direito sucessório sobre o filho concebido após a morte do seu genitor, chega-se à conclusão que a legislação vigente é omissa, não se mostrando suficiente para disciplinar as técnicas de

póstuma e suas conseqüências jurídicas além de amparar a sociedade sobre esta temática.

Mostrando a falha de nosso ordenamento jurídico neste quesito Silvio de Salvo Venosa afirma:

O Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.⁴¹

Verifica-se em nossa legislação, a inexistência de expressa proibição do uso da inseminação póstuma no Brasil, tampouco existe legislação que permita o uso de tal método. O que de fato há é omissão legislativa sobre a matéria em questão, o que se leva a uma extrema necessidade de uma legislação que seja capaz de assegurar os direitos sucessórios do concebido através da inseminação póstuma.

É de extrema importância a adequação das normas legais sobre o tema do direito sucessório do filho concebido *post mortem* mediante técnicas de reprodução assistida, pois o que ocorre é que a fecundação artificial *post mortem* é temática aberta no nosso direito e, assim, suscetível as mais diversas interpretações doutrinárias.

O que se deve buscar é justamente permitir e definir qual a qualificação jurídica do nascido mediante a prática da técnica de inseminação póstuma, para que sane o problema da mera interpretação do sistema jurídico ser o método basilar de estudo e compreensão da dimensão jurídica desta temática.

Uma inteligente solução é dada por Eduardo de Oliveira Leite. O autor sugere a modificação da redação do art. 1798 do Código Civil para: “Legitima-se suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão”.⁴²

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **A Reprodução Assistida e Seus Aspectos legais**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 23. out. 2009.

⁴² LEITE, 2005, p. 110.

Assim nossa legislação, no que concerne o direito sucessório do nascido através da inseminação póstuma, deixaria de ser omissa e esta problemática teria respaldo legal mediante análise de nosso ordenamento jurídico.

Outro ponto importante colocado pelo autor supramencionado se refere a ser estabelecido um limite temporal para a realização da inseminação póstuma, uma vez que há possibilidade de se manter o esperma congelado por um período de tempo indeterminado. Por certo que tal limite não pode ser longo, pois assim o sendo, a mesma angustiante insegurança quanto à herança persistiria a outros interessados que aguardariam por tempo indeterminado a possível concepção do sucessor advindo de inseminação póstuma.

Portanto, sendo utilizadas medidas para coibir a prática da procriação assistida posteriores a um lapso temporal, esta opção parece ser a melhor solução ao problema, pois garantirá o direito sucessório da prole eventual e a segurança jurídica, estipulando e impondo um prazo para a concepção do filho mediante o emprego desta técnica.

Porém, o que ocorre atualmente no Brasil, vai de encontro às normas permissivas do emprego da técnica conceptiva *post mortem*, levando-se em conta o projeto de lei nº 90 de 1999, que ao mesmo tempo em que tenta regulamentar a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas, parece vir coibir o uso da inseminação artificial póstuma no âmbito nacional.

4.4 O PROJETO DE LEI Nº 90, DE 1999, QUANTO À INSEMINAÇÃO PÓSTUMA

Desta forma, como mencionado no tópico anterior, O Projeto de Lei nº 90/99 apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, elencado nos anexos, veio como uma tentativa para regulamentar a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas.

No que tange a questão da inseminação póstuma, em termos de legislação o projeto trata do uso de tais práticas.

O parágrafo primeiro do art. 2º, do projeto de lei dispõe que somente cônjuges ou casais vivendo em união estável podem ser beneficiários das técnicas de procriação assistida.

A interpretação do artigo supracitado nos leva à interpretação de ser proibida a procriação após a morte do genitor e, ainda prevê o presente na seção VII, a imputação como crime de prática o que venha contrariar o disposto no referido projeto.

Sobre o tratamento da inseminação póstuma no referido projeto lei, Josualdo Eduardo de Almeida Júnior poderá: [...] entretanto, o Projeto de Lei 90/99 proíbe esse tipo de fecundação, considerando-a crime e, ainda, caso realizado, retiram do bebê os direitos patrimoniais e sucessórios relacionados ao seu pai”.⁴³

Conforme exposto anteriormente, resta clarividente que, caso o referido projeto seja aprovado e se converta em lei, ele já nascerá embutido de grave inconstitucionalidade material, pois viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do livre planejamento familiar, dentre outros previstos em nossa legislação vigente.

Assim, entendemos que a conversão do referido projeto em lei através de sua aprovação, proporcionará uma inefável insegurança jurídica à sociedade, pois no momento de sua promulgação a lei automaticamente lesará princípios constitucionais já pacificados e adotados em nosso ordenamento jurídico.

4.5 TRATAMENTO JURÍDICO EM OUTROS PAÍSES

No âmbito do direito comparado verifica-se que a legislação estrangeira se mostra bem mais evoluída que a nossa, pois vários países já tratam da inseminação póstuma em suas leis.

A partir do caso Parpalaix já abordado, surgiu a preocupação com a temática e, conseqüentemente, o surgimento de produção legislativa nesse sentido.

Vejamos pormenorizadamente as soluções encontradas por alguns países quanto à inseminação post mortem abaixo:

⁴³ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito**. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br> Acesso em: 28. out. 2009.

4.5.1 Alemanha

Desde 1990, a legislação alemã já trata de casos referentes à proteção do embrião, onde se determina o enquadramento legislativo da procriação medicamente assistida, sendo constituídas principalmente das leis penais não abordando todas as questões. Neste caso as lacunas são preenchidas, no que se cabe, pelas diretrizes do Conselho Médico Federal sobre a procriação medicamente assistida, que são atualizados de acordo com a mudança de tecnologia.

Quanto à inseminação póstuma, a lei relativa à proteção dos embriões proíbe a utilização deste método, entendendo que a criopreservação de material genético termina com a morte de um dos dois membros do casal em questão.

A legislação alemã ainda impõe uma multa ou pena de prisão não superior a três anos, que a prática de inseminação com conhecimento de causa póstuma.

4.5.2 Bélgica

A lei sobre a a procriação medicamente assistida e o destino dos embriões excedentários e gametas, de julho de 2007, determina as principais regras a procriação medicamente assistida na Bélgica.

No que se refere a inseminação *post mortem* o tratamento encontra-se expressamente previsto em lei, sendo permitido o emprego da inseminação póstuma se tiverem sido acordados entre os futuros pais na clínica de conservação.

Quanto ao prazo para a ocorrência da inseminação póstuma o legislador de forma inteligente, impõe ser possível a prática de seis meses a dois anos após a morte, assim a pessoa viúva não poderá inseminar antes de seis meses, fato importante pois impossibilita que a pessoa já transtornada pela morte de seu cônjuge procure através da inseminação póstuma conceber emotivamente um substituto para o vazio que traz consigo.

A legislação também impõe o prazo máximo de dois anos para ser praticada a inseminação póstuma garantindo assim a segurança jurídica de outros herdeiros como já tratados e discutidos no presente estudo.

A referida lei não abrange a questão da paternidade do filho concebido *post mortem* no que tange sua capacidade de herdar.

4.5.3 Dinamarca

Desde antes do nosso Código Civil brasileiro, na Dinamarca já existe legislação sobre fertilização artificial, sendo que a lei de 1997 define as principais regras que regem a procriação medicamente assistida.

Com os avanços da área da biotecnologia a legislação dinamarquesa também se atualiza sendo que, atualmente, as disposições sobre o referido tema se encontram na lei nº 923 de 2006.

Quanto à inseminação póstuma a lei não permite sua utilização, não reconhecendo nenhuma possibilidade de sua utilização.

4.5.4 Espanha

O Ato nº 14 de 26 de maio de 2006, trata sobre as tecnologias reprodutivas humano-assistida. Esta lei define as principais regras para a assistência reprodutiva, revogando as disposições anteriores como o Ato nº 35 de 1988.

Sobre a inseminação póstuma a nova lei limita o prazo de validade dos gametas masculinos no período que o homem ainda se encontra vivo.

A referida lei afirma que os gametas masculinos não podem ser usados para a fecundação da esposa após a morte de seu cônjuge.

No entanto a lei prevê que qualquer pessoa pode indicar, por livre e espontânea vontade, um ato antecipado com o intuito de demonstrar o desejo de ver seus gametas utilizados após sua morte para uma futura gravidez de sua esposa ou companheira, tendo o prazo de doze meses para realizar o feito.

Na legislação anterior era radicalmente proibida, segundo a doutrinadora Gisele Leite, a inseminação póstuma, como se verifica:

A lei espanhola 35/88 a respeito veda radicalmente a inseminação post mortem., deixando claro que se efetuada, sói estabelecerá vínculo de filiação se houver declaração expressa nesse sentido do marido por instrumento público ou testamento [...].⁴⁴

Observa-se então, que a nova legislação espanhola muda radicalmente seu ponto de vista, vindo permitir, ainda que de forma burocrática, o uso da inseminação póstuma.

4.5.5 Itália

Definindo os beneficiários da técnica medicamente assistida existe o Ato nº 40 de fevereiro de 2004.

A parte da lei que regula a possibilidade ou não da inseminação póstuma atenta para a impossibilidade desta prática pois o acesso à reprodução assistida é restrita aos casais em vida.

Além disso, o código de conduta para os profissionais da área médica proíbem a prática de qualquer forma de reprodução assistida após a morte de um parceiro.

4.5.6 Holanda

Embasado na lei de junho de 2002, o embrião é destinado principalmente a limitar como método de cunho investigatório. A lei impõe algumas regras sobre a assistência reprodutiva, determinando que as instituições autorizadas para o exercício desta atividade deve possuir um protocolo para o ato.

⁴⁴ LEITE, Gisele. **Consequências Jurídicas da Fertilização Assistida da Viúva Após a Morte do Depositante**. <Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/701>>. Acesso em: 15. ago. 2009.

Quanto às questões que a lei não contempla, estas são regidas por outros textos de forma generalizada e pela Associação Holandesa de Obstetrícia e Ginecologia.

No que tange à inseminação póstuma a lei não proíbe tais práticas. A lei afirma que os gametas ou embriões de uma pessoa devem ser destruídos quando o estabelecimento que os mantém tomar ciência de que a pessoa tenha falecido, salvo se o falecido tiver dando seu consentimento expresso por escrito para o uso à título póstumo.

No entanto, a legislação deixa o centro médico com livre arbítrio para decidir se realiza ou não a inseminação póstuma, sendo que o protocolo de cada instituição deverá especificar este ponto.

Elucidando a questão têm-se como exemplo a Universidade de Amsterdã que não realiza esses tipos de operações. Assim, quando necessário, os embriões congelados são transportados para uma instituição que ofereça tais benefícios.

Ocorre na Holanda, uma estimulação do lado psicológico da viúva para que a mesma pense bem antes de empregar tal técnica, levando em conta, primordialmente, os interesses do nascituro e observar por um período de dois anos antes que tome uma decisão final.

Quanto ao prazo de armazenamento de gametas ou embriões, o tempo é estipulado com um acordo entre as instituições e as pessoas elencados no protocolo que segue normalmente o período de dois anos podendo se estender a cinco anos.

4.6 A NECESSIDADE DO ESCLARECIMENTO DA MATÉRIA

Os avanços científicos, que permitiram a crioconservação de embriões e gametas para a geração de seres humanos mesmo que a pessoa já tenha falecido, inevitavelmente trazem consigo questionamentos éticos, religiosos, morais, sociais e jurídicos acerca da permissibilidade de se utilizar deste método e, caso seja permitido, dos direitos e condições sociais desses filhos nascidos por inseminação póstuma.

Muito embora seja uma questão muito importante, que vem recebendo atenção de diversos países desenvolvidos, no Brasil ainda não há uma lei que defina claramente quais as delimitações e permissões quanto à matéria.

Faz-se necessário que o nosso sistema legislativo haja rapidamente para que regule leis visando a permissão da inseminação artificial póstuma, delimitando regras a serem seguidas.

Com isso, certamente não teremos o ocorrido com nosso Código Civil vigente que após tramitar por mais de vinte anos no Congresso Nacional, ao entrar em vigor já se mostrou desatualizado em seu contexto em várias áreas como o direito das sucessões, por exemplo, que não se ateve à possibilidade da inseminação póstuma, não abrangendo em seu contexto essa possibilidade de procriação humana.⁴⁵

O que se deve buscar é a adequação de nosso ordenamento jurídico para que possibilite a inseminação póstuma e defina qual a qualificação jurídica do nascido mediante esta prática, para que o tratamento jurídico para o tema não fique a mercê de interpretações doutrinárias que não trazem um consenso, ocasionando grande insegurança jurídica em nosso ordenamento pátrio.

Quanto à urgência do tratamento da questão, apesar de não termos nenhum fato concreto com tal problemático em nosso ordenamento jurídico, surgiram faíscas que poderiam ocasionar um verdadeiro incêndio em nosso sistema legal, pois teríamos que nos defrontar com o absurdo de se ter que resolver esta questão, no judiciário, sem embasamento legal adequado.

Trata-se do caso do ex participante do reality show Big Brother Brasil, conhecido como Buba, que desenvolveu câncer e, antes das sessões de quimioterapia, decidiu conservar seu sêmen, tendo em vista o sonho de ser pai, fato que poderia se tornar impossível devido à frequência de esterilidade consequentes da técnica da quimioterapia. Devido ao câncer Buba veio a falecer e sua mulher, a empresária Dirliane Siqueira Mattge Buba, declarou que congelou o esperma do falecido e pretendia ter um filho dele, conforme se verifica do noticiário:

Mulher do ex-BBB Buba, que pretende ter um filho do marido morto, vai precisar de dinheiro e paciência para realizar seu sonho

⁴⁵ AGÊNCIA Senado. **Novo Código Civil Entra em Vigor**. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 01. nov. 2009.

Mulher de Buba, ex-participante do Big Brother Brasil 4 morto nesta semana vítima de um câncer, a empresária Dirliane Siqueira Mattge Buba, 25 anos, declarou ao **G1** que congelou o esperma do marido e que pretende ter um filho dele em 2007. Para conseguir realizar o desejo de Buba, no entanto, Dirliane precisará gastar um bom dinheiro, e, ainda assim, torcer para ter sorte.

Só para congelar o esperma do ex-BBB, a viúva já deve ter gastado algo em torno de R\$ 1.500, segundo Dirceu Henrique Mendes Pereira, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana. Os custos de manutenção do esperma congelado, segundo o mesmo médico, giram em torno de R\$ 600 por semestre.

Segundo informações de Mendes Pereira, se o esperma de Buba for de boa qualidade -- ou seja, se tiver mais de 5 milhões de espermatozoides -- e se o aparelho reprodutor de Dirliane estiver saudável, a empresária pode tentar engravidar através da inseminação artificial. É um procedimento mais simples, mais barato, mas também com menores taxas de sucesso.

Na inseminação, antes de tudo, os médicos precisam estimular a ovulação da mulher. Quando os óvulos são liberados (geralmente dois ou três), uma amostra do esperma do parceiro é colocada no alto do colo do útero, através de um cateter. A partir de então, os espermatozoides saem à procura do óvulo e tudo procede como em uma gravidez normal. O procedimento custa em torno de R\$ 4.000 por tentativa, que tem, em média, um índice de 18% a 20% chances de sucesso.

Se o esperma de Buba, no entanto, não for de qualidade suficiente, ou se Dirliane tiver qualquer problema em suas trompas, os médicos terão que utilizar a fertilização *in vitro*, aquela dos famosos "bebês de proveta".

Na fertilização *in vitro*, os óvulos da mulher são retirados e fertilizados, em laboratório, com o esperma do parceiro. Alguns embriões resultantes desse processo são selecionados para serem implantados no útero. A taxa de sucesso, nesses casos, é um pouco maior, segundo Mendes Pereira. Gira em torno de 40%. Os custos, no entanto, também são maiores: cerca de R\$ 12 mil por tentativa.

De acordo com o médico, dificilmente a mulher engravida na primeira tentativa. São necessárias algumas vezes para o procedimento dar certo. Geralmente, segundo ele, são coletados cerca de 2ml de esperma, suficiente para dez tentativas.⁴⁶

Assim, resta evidenciada o caráter de urgência para o tratamento da questão, pois por mais distante que tal problemática parecesse estar da nossa sociedade, verifica-se que não estamos tão longe assim do surgimento de conflitos referentes à inseminação póstuma e, sem legislação adequada, indubitavelmente nos encontramos despreparados para o deslinde adequado ao problema.

Quanto à solução a discussão certamente será intensa, pois o assunto carece de um minucioso estudo, pois envolve questões constitucionais onde qualquer perspectiva de não permitir a utilização de inseminação artificial após a morte do cônjuge ou companheiro, ou de não reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial póstuma, certamente vai de encontro aos

⁴⁶G1. **Engravidar de esperma congelado é caro e depende de sorte**. 23/11/2006, São Paulo. <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,AA1361250-5603,00-ENGRAVIDAR+DE+ESPERMA+CONGELADO+E+CARO+E+DEPENDE+DE+SORTE.html>>. Acesso em 15 out. 2009.

modernos princípios do direito de família, como os princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve como objetivo analisar a melhor interpretação quanto ao cabimento da inseminação póstuma no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os seus limites, estabelecendo como base referencial concepções doutrinárias e o direito comparado.

O estudo demonstrou que a fecundação artificial póstuma é procedimento não abrangido pela nossa legislação, tanto constitucional quanto infraconstitucional, sendo que seu tratamento vem sendo dado por posições doutrinárias divergentes das quais a que entendemos melhor cuidarem da problemática encontra-se na corrente que admite a utilização do método e reconhece os direitos de filiação e sucessão do nascido provindo de inseminação póstuma desde que haja o consentimento expresso do autor da herança, manifestado em vida, através de ato autêntico ou por testamento e com prazo máximo estabelecido para a utilização desse método, objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação póstuma, salvaguardando assim, os direitos sucessórios dos eventuais herdeiros já existentes e princípios constitucionais da criança como o da igualdade entre os filhos.

Diante da possibilidade material da utilização dessa técnica, se faz necessário o conhecimento da vocação hereditária, através do estudo interpretativo do artigo 1.597, III e 1.798, do Código Civil, diante da possibilidade da inseminação póstuma.

Verificou-se que o Brasil caminha em sentido contrário à permissibilidade da utilização da técnica, tendo em vista o projeto de lei nº 90/99, que parece inclinar-se para a corrente proibitiva do cabimento da inseminação artificial póstuma e seus direitos sucessórios.

Entretanto, entendemos ser perfeitamente cabível a possibilidade jurídica da inseminação artificial póstuma, mesmo em um sistema monoparental, desde que o cônjuge sobrevivente se encontre na condição de viúvo ou que não tenha constituído uma outra união estável, a fim de evitar a confusão de paternidade, para que nosso ordenamento jurídico atenda aos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e a liberdade do planejamento familiar, previstos nos art. 227, § 6º e 226, § 7º da Constituição Federal.

Finalizando, tentou-se trazer a importância de se reconhecer a possibilidade da inseminação artificial póstuma e os direitos sucessórios da criança, corroborando em todos os aspectos com o entendimento do jurista Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que primorosamente afirma;

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Assim, visando um sistema legislativo correto e atual, nosso ordenamento jurídico tem a obrigação de se adequar aos problemas provenientes desse campo, evitando que o avanço científico vertiginoso acentue ainda mais nossa carência legislativa, para que não tenhamos de nos defrontar com o absurdo de se ter que solucionar conflitos pertinentes à matéria sem um devido embasamento legal que busque uma solução justa e equilibrada para o deslinde do problema, conquistando assim, uma segurança jurídica que atenda aos anseios da sociedade na eterna busca por uma legislação justa e eficaz.

⁴⁷ ALBUQUERQUE FILHO, 2009.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Senado. **Novo Código Civil Entra em Vigor**. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 01. nov. 2009.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <www.esmape.com.br>. Acesso em: 28. set. 2009.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: Direito das Sucessões** – V. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito**. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br> Acesso em: 28. out. 2009.

CAGGY, Milena. **Inseminação Artificial Post Mortem**. Disponível em: <www.soartigos.com>. Acesso em: 18. set. 2009.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/1924>> Acesso em 18. set. 2009.

DINIZ, Débora. **O que é bioética**. 1 ed. Brasiliense, São Paulo, 2002.

EDUCATERRA. **A Revolução da Biogenética**. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/revolucao_biogenetica4.htm>. Acesso em 25. set. 2009.

ENUNCIADOS Aprovados. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <www.emes.org.br>. Acesso em: 18. set. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Nova Filiação – Biodireito e as relações Parentais**. 1. Ed. Renovar, São Paulo, 2003.

G1. **Engravidar de espermatozoides congelados é caro e depende de sorte**. 23/11/2006, São Paulo. <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,AA1361250-5603,00->

ENGRAVIDAR+DE+ESPERMA+CONGELADO+E+CARO+E+DEPENDE+DE+SORT E.html>. Acesso em 15 out. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões – V. XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEITE, Gisele. **Conseqüências Jurídicas da Fertilização Assistida da Viúva Após a Morte do Depositante**. <Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/701>>. Acesso em: 15. ago. 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de família. Família e Cidadania – O Novo CCB e a vacatio Legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Código Civil Comentado: Vol. XVI – Artigos 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007..

MOTA, Silvia. **Biodireito**. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/verbete-biodireito.htm>> Acesso em 18. set. 2009.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética – uma face da cidadania**. 1. ed. Moderna: LTr, 1997.

QUEIROZ, Juliane fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões..** São Paulo: Saraiva, 2007.

VASUDEVAN, sajeev. **Inseminação artificial**. Disponível em: <<http://www.shvoong.com/medicine-and-health/gynecology/1647181-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial/>>. Acesso em: 19 set. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A Reprodução Assistida e Seus Aspectos legais**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 23. out. 2009.

WIKIPÉDIA. **Bioética**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica>>. Acesso em 12 set. 2009.

ANEXO
Projeto de Lei nº 90 (substitutivo)

PROJETO DE LEI Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999

Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 1º Esta Lei disciplina o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;

II - gestação de substituição ao caso em que uma mulher, denominada genitora substituta, 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 beneficiários, observadas as limitações do art. 3º desta Lei;

III - consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam consentimento para a sua realização.

Artigo 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I - exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;

II - a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

§ 2º Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Artigo 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

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

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Artigo 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado por instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I - a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida, no caso específico;

II - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Procriação Medicamente Assistida disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

III - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de Procriação Medicamente Assistida 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 Procriação Medicamente Assistida;

IV - a possibilidade e a probabilidade de incidência de danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para os nascituros;

V - as implicações jurídicas da utilização da Procriação Medicamente Assistida;

VI - todas as informações concernentes à capacitação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VII - demais informações estabelecidas 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 exigido do doador e de seu cônjuge, ou da pessoa com quem viva 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.

Artigo 5º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 14 desta Lei;

II - as circunstâncias em que doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS QUE REALIZAM A PROCRIAÇÃO

EDICAMENTE ASSISTIDA

Art. 6º Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis:

I - pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para a realização da técnica de Procriação Medicamente Assistida;

II - pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

III - pelo registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a Procriação Medicamente Assistida, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego das técnicas em cada situação;

IV - pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Procriação Medicamente Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Seção II desta Lei;

V - pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 7º Para obter a licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico;

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

III - dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Procriação Medicamente Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;

IV - dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na Procriação Medicamente Assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material;

V - informar o órgão competente, a cada ano, sobre suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.

§ 1º A licença mencionada no caput deste artigo, obrigatória para todos os estabelecimentos que pratiquem a Procriação Medicamente Assistida, será válida por no máximo três anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

2º Exigir-se-á do profissional mencionado no inciso I deste artigo e dos demais médicos que atuam no estabelecimento prova de capacitação para o emprego de Procriação Medicamente Assistida.

§ 3º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter, por meio de prontuários, elaborados inclusive para a criança, e de formulários específicos, a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 17 desta Lei, 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 deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e amostra de material celular.

§ 5º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 6º No caso de encerramento das atividades, os estabelecimentos de que trata esta Seção deverão transferir os registros mencionados nos incisos III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.

SEÇÃO DAS DOAÇÕES

IV

Art. 8º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I - para quais estabelecimentos já realizou doação;

II - as doenças de que tem conhecimento ser portador.

§ 3º A regulamentação desta Lei poderá estabelecer idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

Art. 10 Excepciona-se o sigilo estabelecido no artigo anterior nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida a fornecer as informações solicitadas.

§ 1º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 2º 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.

Art. 11 A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 12 Haverá um registro central de doações e gestações, organizado pelo Poder Público com base nas informações periodicamente fornecidas pelos estabelecimentos que praticam Procriação

Medicamento Assistida, o qual será obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um único par de beneficiários.

Art. 13 Não poderão ser doadores, exceto na qualidade de beneficiários, os dirigentes, funcionários e membros, ou seus parentes até o quarto grau, de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamento Assistida e os civilmente incapazes.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 14 Na execução de técnica de Procriação Medicamento Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no caput deste artigo.

§ 2º 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.

Art. 15 Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamento Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I - sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;

II - sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;

III - nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

Art. 16 Serão definidos em regulamento os tempos máximos de:

I - preservação de gametas depositados apenas para armazenamento;

II - desenvolvimento de embriões in vitro.

Art. 17 A pré-seleção sexual só poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamento Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.

SEÇÃO VI

DA FILIAÇÃO

Art. 18 Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamento Assistida.

Parágrafo único. É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do art. 6º, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.

Art. 19 O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 20 As consequências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Art. 21 A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos

Art. 22 O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

SEÇÃO VII

DOS CRIMES

Art. 23 Praticar a redução embrionária:

Pena - reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Não se pune a redução embrionária feita por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Art. 24 Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem estar previamente capacitado para a atividade:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 25 Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários 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 - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 26 Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 27 Fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas sem a autorização deste:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 28 Deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, deixar de fornecê-las nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa

Art. 29 Utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que o depositante tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa

Art. 30 Implantar mais de três embriões na mulher receptora:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa

Art. 31 Realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 32 Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Art. 33 Produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 34 Armazenar, destruir, ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos nesta Lei:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 35 Deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena - detenção de dois a seis anos, e multa

Art. 36 Utilizar gameta:

I - doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida ou seus parentes até o quarto grau, e pelo civilmente incapaz;

II - de que tem ciência ser de um mesmo doador para mais de um par de beneficiários;

III - a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I - o médico que usar o seu próprio gameta para realizar a Procriação Medicamente Assistida, exceto na qualidade de beneficiário;

II - o doador que omitir dados ou fornecer informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

Art. 37 Realizar a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou o companheiro.

Art. 38 A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de procriação medicamente assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

Art. 39 O estabelecimento e os profissionais médicos que nele atuam são, entre si, civil e penalmente responsáveis pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40 O Poder Público regulamentará esta Lei, inclusive quanto às normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de Procriação Medicamente Assistida, competindo-lhe também conceder a licença aos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida e fiscalizar suas atuações.

Art. 41 Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente Lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei.

§ 1º Presume-se autorizada a utilização, para reprodução, de embriões originados in vitro existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data da publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.

§ 2º Incorre na pena prevista no crime tipificado no art. 34 aquele que descartar embrião congelado anteriormente à entrada em vigor desta Lei.

Art. 42 A União poderá celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios para exercer, em conjunto ou isoladamente, a fiscalização dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida.

Art. 43 Esta Lei entrará em vigor no prazo de um ano a contar da data de sua publicação.