

PARECER Nº , DE 2012

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 749, de 2011, do Senador Blairo Maggi, que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, para dispor sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro.

RELATOR: Senador **MOZARILDO CAVALCANTI**

I – RELATÓRIO

De autoria do Senador Blairo Maggi, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 749, de 2011, sob exame desta Comissão, pretende incluir parágrafo único no art. 1.597 do Código Civil, disposto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. O propósito da alteração é fixar critérios para a utilização *post mortem*, tanto do sêmen do marido ou companheiro, necessário para a fecundação artificial homóloga, quanto dos embriões excedentários – aqueles originados de técnicas de reprodução assistida requeridas para a concepção artificial homóloga e que, não tendo sido implantados no útero da receptora, permanecem congelados sob a tutela da clínica onde foi realizada a etapa de fecundação *in vitro* de óvulos e esperma coletados.

O art. 1º do projeto estabelece três critérios para a utilização *post mortem* do sêmen ou de embriões excedentários: que ela seja feita exclusivamente pela esposa ou companheira; que ocorra no prazo de até doze meses após o óbito do marido ou companheiro; e que exista autorização expressa do falecido para esse fim.

Em sua atual redação, o art. 1.597 do Código Civil, sobre o qual incide a alteração proposta, presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III), e os havidos, a qualquer tempo, quando

se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (inciso IV).

O art. 2º do projeto estabelece que o início da vigência da lei proposta ocorra na data de sua publicação.

Para justificar o projeto, o eminente autor afirma que nosso ordenamento jurídico é omissivo em relação à utilização de sêmen ou embriões originados de marido ou companheiro já falecido, situação que, apesar de não ocorrer com muita frequência, suscita grande discussão e polêmica, o que reflete a existência de conflitos éticos e jurídicos quanto à legitimidade do procedimento. E enfatiza que tal insegurança jurídica é especialmente prejudicial à criança nascida por meio da utilização *post mortem* de sêmen ou embriões, que fica em situação vulnerável quanto aos seus direitos decorrentes da filiação.

Apresentada a esta Casa em dezembro de 2011 e não tendo recebido emendas no prazo regimental, a matéria vem à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), de onde seguirá para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) para receber, nesta última, decisão em caráter terminativo.

II – ANÁLISE

Cabe à CDH opinar sobre a matéria no que diz respeito à garantia e promoção dos direitos humanos – levando em consideração os direitos do nascituro e também do falecido –, aos direitos da mulher e à proteção da família, conforme dispõem os incisos III, IV e V do art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal.

De fato, a possibilidade de utilização *post mortem* de gametas e embriões é matéria polêmica, que suscita questões éticas e jurídicas sobre sua legitimidade. Por essa razão, a matéria requer a atenção urgente dos legisladores, os quais precisam, muitas vezes, abandonar suas convicções pessoais para buscar o consenso necessário à salvaguarda dos direitos das partes mais vulneráveis.

Nesse sentido, discordo da opinião do autor do projeto, que parece considerar o nascituro como a parte mais vulnerável, afirmando que a criança nascida por meio da utilização *post mortem* de sêmen ou embriões fica em situação vulnerável quanto aos seus direitos decorrentes da filiação.

Pelo contrário, em termos legais, os dispositivos anteriormente citados do atual Código Civil já abraçam amplamente, sem impor quaisquer limites, inclusive de tempo, todas as crianças nascidas por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e todas as nascidas, a qualquer tempo, de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, presumindo-as concebidas na constância do casamento.

Assim, nesse caso, considero como a parte mais vulnerável o falecido e, por consequência, seus descendentes vivos no momento de sua morte. Isso porque, nos termos amplos do Código Civil, um homem do qual se originaram embriões ou sêmen congelado pode ser considerado pai de uma criança concebida muitos anos após seu falecimento. Assim, há que se imporem limites às possibilidades de concepção *post mortem*.

Nesta análise, contudo, não me aprofundarei nas questões jurídicas, as quais serão certamente esgotadas na fase de apreciação do projeto pela CCJ.

Também não me estenderei nos dilemas éticos que questionam se é legítimo uma mulher engravidar utilizando sêmen ou embriões originados de seu marido ou companheiro já falecido.

Avaliando a matéria por um viés pragmático, acredito que a proposição adota princípios apropriados para regular a matéria.

Em primeiro lugar, o PLS nº 749, de 2011, tutela os direitos do falecido, ao exigir a existência de autorização expressa de sua lavra e impor um limite de tempo para a utilização de seu sêmen ou de seus embriões, autorizando somente sua esposa ou companheira a fazê-lo.

E, em segundo lugar, o projeto leva em consideração a realidade de que, no que tange à reprodução assistida (RA), a vontade individual sobrepõe-se às barreiras éticas, biológicas e jurídicas. Essa afirmação decorre do fato amplamente conhecido de que os casais que recorrem às técnicas de RA, e também as clínicas que as executam, costumam descumprir ou ignorar normas éticas que vedam a seleção sexual e a produção de embriões excedentes.

Assim, isso também é esperado de mulheres que se tornem viúvas após haverem se submetido às diversas e muitas vezes dolorosas etapas do longo processo de RA sem terem conseguido realizar o sonho da maternidade. A nosso ver, em vez de tentar proibir essas mulheres de

engravidarem após a morte de seus maridos – já que muito provavelmente algumas delas arriscar-se-ão a desobedecer qualquer norma para tentar realizar seu sonho –, é mais realista explicitar essa situação em lei e estabelecer algum limite para sua ocorrência. O projeto sob análise faz isso com muita propriedade: admite a concepção *post mortem*, desde que haja autorização expressa do falecido, e dá à viúva um prazo de doze meses após o óbito para a utilização do sêmen ou dos embriões congelados.

Portanto, o projeto tem inquestionável mérito e merece prosperar. Não obstante, é preciso corrigir a ambiguidade criada pela proposta no texto do art. 1.597 do Código Civil. A proposta inclui no artigo um parágrafo único para impor restrições ao disposto no incisos III e IV do *caput*, mas, inadvertidamente, deixa de fazer referência às novas restrições no corpo dos citados incisos. Isso originaria uma lei com dispositivos conflitantes.

Por exemplo: o inciso III informa que são presumidos como concebidos na constância do casamento todos os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, enquanto o parágrafo único informa que só são presumidos como concebidos na constância do casamento, no caso de a fecundação ocorrer *post mortem*, os filhos cuja concepção ocorra no prazo de um ano após a morte do falecido e tenha sido autorizada pelo falecido.

Esse tipo de conflito pode suscitar questionamentos jurídicos e prejudicar a interpretação da lei. Por isso, sugiro aprimorar a redação do PLS nº 749, de 2011, por meio de emenda, alterando também a redação dos incisos III e IV do art. 1.597 do Código Civil.

III – VOTO

Em vista do exposto, voto pela APROVAÇÃO do Projeto de Lei da Câmara nº 749, de 2011, com a seguinte emenda:

EMENDA Nº – CDH

Dê-se ao art. 1.597 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na forma do art. 1º do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 749, de 2011, a seguinte redação:

“Art. 1º

‘Art. 1.597.

.....
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

.....
Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos III e IV do *caput*, a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro ou de embriões excedentários somente poderá ser feita pela esposa ou companheira, no prazo de até doze meses após o óbito, e mediante existência de autorização expressa do falecido.’ (NR)”

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator