

# O NOVO CÓDIGO CIVIL e a Inseminação Artificial



CONTEXTO

**“A primeira grande indagação a se fazer sobre o tema é a seguinte: pode a mulher decidir sozinha pela implantação do embrião excedentário posteriormente à dissolução do casamento, compelindo o ex-marido a assumir uma paternidade?”**

**“A segunda questão, é ainda mais complexa: qual o destino a ser dado aos embriões excedentários?”**

por inseminação artificial mesmo que dissolvido o casamento ou falecido o marido. Nos casos de concepção artificial homóloga, diz o novo Código que os filhos daí havidos presumir-se-ão concebidos na constância do casamento, pouco importando se a implantação do embrião venha a ocorrer anos após a dissolução do vínculo conjugal. A ressalva do Código é que a fecundação tenha ocorrido durante o casamento, dispondo expressamente que a hipótese se refere aos casos de embriões excedentários, ou seja aqueles fecundados *in vitro*, mas não implantados de imediato na mulher (inciso IV). Nos casos de inseminação artificial heteróloga, só haverá a presunção de paternidade se tiver ocorrido a prévia autorização do marido (inciso V).

O novo Código soluciona, portanto, tanto as situações em que o filho é produto de inseminação artificial homóloga, como nos casos de inseminação heteróloga.

Segundo disse expressamente o Deputado Ricardo Fiuza, responsável pela introdução do tema no novo Código Civil, a inserção dos incisos IV e V do art. 1.597 “é contemporânea com os avanços da medicina, nessa área, atendendo, destarte, quanto a situação em que separado o casal, venha a mulher efetivar propósito de novo filho havido de concepção artificial (caso de embrião excedentário)”. Prossegue o relator afirmando que no “caso da inseminação artificial homóloga não há negar inafastável a responsabilidade do cônjuge varão em assumir a paternidade, esteja ele ou não em convivência conjugal, dispensando-se, a tanto, a sua autorização, para a presunção, certo que concebido o filho, artificialmente, no período de vida a dois, estão a salvo os direitos do nascituro, desde a concepção, inclusive o

de ser gerado e de ser gestado e nascer”.

Reforçando a posição do relator do novo Código, leciona o Prof. Zeno Veloso, que “seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente” (Zeno Veloso. *Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade*, p. 151).

Em resumo, havendo inseminação artificial homóloga, presume-se a paternidade do marido ou ex-marido, sendo indiferente ao Direito a época em que venha a ocorrer a gestação. A regra não poderia ser diferente e atende ao princípio maior que é o da verdade biológica. Nos casos de inseminação heteróloga, é natural que se exija a autorização prévia do marido, para que se estabeleça a presunção.

A primeira grande indagação a se fazer sobre o tema é a seguinte: pode a mulher decidir sozinha pela implantação do embrião excedentário posteriormente à dissolução do casamento, compelindo o ex-marido a assumir uma paternidade não desejada?

Ainda que eticamente discutível, do ponto de vista estritamente legal a resposta é sim, muito embora o novo Código não solucione, aliás nem mencione, o problema, e nem poderia! Vamos supor que, por absurdo, constasse do Código norma proibitiva dessa prática e, mesmo assim, viesse a mulher a implantar o embrião excedentário, contra a vontade do ex-marido. E aí, deixaria de ser considerado filho do ex-marido, sobretudo tendo sido ele o doador do sêmen? A criança já nasceria sem o direito à ascendência genética? Claro que não!

Poderia o Código proibir a produção ou mesmo determinar a destruição dos embriões excedentários, logo após concluída a insemina-

A palavra *inseminação* vem de *inseminare*, que significa a introdução ou do sêmen ou já do óvulo fecundado no útero da mulher. Diz-se que a inseminação é homóloga quando realizada com sêmen originário do marido e heteróloga quando feita com sêmen de terceira pessoa. Pode a inseminação artificial ser, ainda, *post mortem*, quando feita com sêmen ou embrião congelado, após a morte do doador.

As duas principais técnicas de inseminação artificial são o método ZIFT, também chamado de fecundação *in vitro*, vale dizer, fora do corpo da mulher, e o método GIFT, onde o gameta é introduzido artificialmente no corpo da mulher, dentro do qual ocorre a fecundação.

As técnicas de inseminação artificial representam, indubitavelmente, realidade científica de amplo alcance social que não poderia ser desconsiderada pelo legislador infraconstitucional.

O novo Código Civil reconhece essa realidade e estabelece, em seu art. 1.597, a presunção de paternidade em favor dos filhos havidos



ção? Na primeira hipótese, o Código entraria em choque com a ciência, praticamente inviabilizando o processo de fertilização *in vitro*, já que para viabilizar esse tipo de inseminação são normalmente fecundados e implantados vários embriões, não havendo, ainda, técnica eficiente, apta a concluir todo o processo de reprodução com apenas um embrião, mesmo porque nem todos os embriões implantados terão viabilidade. Cada vez que uma mulher se submete ao tratamento, pelo menos oito óvulos são extraídos e fecundados para aumentar as chances de o processo ser bem-sucedido, mas apenas quatro embriões são implantados no útero da mulher (para não colocar em risco a saúde dela e dos bebês). Já a destruição dos embriões que sobraram esbarra no direito maior à vida, assegurado no próprio Código a partir da concepção, pouco importando que essa concepção tenha se dado no ventre materno ou fora dele.

E aí vem a segunda questão, ainda mais complexa: qual o destino a ser dado aos embriões excedentários?

No Brasil existem hoje cerca de 11 mil embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido a 196°C negativos. São vidas em potencial. Para quem considera que a vida começa no momento da concepção, aí incluído o legislador do Código Civil (art. 2º), a destruição de embriões é ilegal e imoral.

Estariam, então, as clínicas de reprodução assistida obrigadas a ficar guardando indefinidamente embriões que jamais serão utilizados pelos pais, arcando com os custos correspondentes? Caberia ao Estado a preservação dessas vidas potenciais, com a criação de um depósito nacional de embriões? Ou a ordem jurídica lhes resguardaria o direito à evolução em incubadeiras, sem certeza de maternidade e paternidade adotivas? Quais os direitos dos embriões congelados? Podem ser comprados? E nesse caso, seria lícita a seleção eugênica do nascituro?

A superpopulação de embriões, segundo Edson Borges, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, em recentes declarações prestadas ao *Jornal do Brasil* (ed. 17.2.2002) "é um problema real. É uma bomba-relógio que não vai demorar muito a explodir".

Deixando de lado as implicações legais e morais, a maioria dos especialistas acha que o descarte de embriões é a melhor saída, desde que com o consentimento dos pais. Segundo esses especialistas a célula fora do corpo da mulher não teria vida e o embrião só pode ser tratado como uma vida humana depois de fixado no útero materno. Segundo Luiz Fernando Dale no *Jornal do Brasil* de 17.2.2002, "o que congelamos é um amontoado de células com potencial de se tornar um embrião. A vida começa quando é possível registrar o batimento cardíaco, o que só acontece após a quinta semana de gestação".

São questões, como se vê, extremamente polêmicas, para as quais nem o Direito nem a

ciência possuem as respostas adequadas. Dai porque não poderiam constar de um diploma legal da natureza de um Código Civil, dentro da correta diretriz adotada pela douta comissão que elaborou o anteprojeto no sentido de "não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando à legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica" (Professor Miguel Reale).

A disciplina legal desse tema constitui típica matéria de legislação especial. Esta, registre-se, já em vias de discussão pelo Congresso Nacional.

Hoje, são três os projetos de lei tramitando no Congresso, com as mais díspares soluções para o problema. O primeiro, de 1993, autoriza o congelamento dos embriões excedentários, mas proíbe a destruição, restando aos casais que não os desejem mais apenas uma alternativa: a doação (para outros casais ou para pesquisa). O segundo projeto, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, de 1999, proíbe que novos embriões sejam congelados e também veda a destruição daqueles que foram congelados antes da publicação da lei. Um outro projeto diz que após cinco anos o descarte é obrigatório, mesmo se os pais forem localizados.

Entretanto, apesar de entendermos que o novo Código não poderia haver tratado do assunto, a forma como ficaram redigidos alguns dispositivos pode provocar dificuldades ao disciplinamento dessas questões pela legislação específica.

Por exemplo, a redação aprovada pelo Senado e mantida pela Câmara, repetindo o Código de 1916, põe a salvo os direitos do nascituro, "desde a concepção" (art. 2º).

A justificativa apresentada pelo Senador Josaphat Marinho para manter no novo Código a mesma restrição constante do de 1916 é até louvável. Aduziu com nobreza o Senador em seu parecer que ressaltar "os direitos do nascituro, 'desde a concepção', como hoje assegurado, é fórmula ampla, que deve ser preservada, acima de divergências doutriná-

as. Num fim de século em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir a cláusula 'desde a concepção' suscitaria estranheza. E o Projeto, mesmo confirmando essa tendência, alude a filho concebido (...). Lembre-se, ainda, com a lição de Orlando Gomes, que 'o direito de suceder do nascituro depende de já estar concebido no momento da abertura da sucessão' (*Sucessões*, 6. ed., Forense, 1990, p. 30)".

ARQUIVO



Mário Delgado

Com todo o respeito ao nobre Senador, entendo que a manutenção do dispositivo, tal como está redigido, poderá trazer problemas para a legislação futura que não poderia, por exemplo, dispor sobre a destruição de embriões congelados. Melhor seria a fórmula adotada no anteprojeto e concebida pelo eminente Ministro Moreira Alves, onde ficam ressaltados os direitos do nascituro, mas sem referência à palavra concepção. Dessa forma, a legislação específica que venha a ser aprovada teria uma elasticidade maior.

Essa é a nossa sugestão, já encaminhada ao Deputado Ricardo Fiuza, e que deverá constar de projeto de lei a ser apresentado à Câmara dos Deputados pelo referido parlamentar. ☐

**MÁRIO DELGADO** é advogado, assessor parlamentar na Câmara dos Deputados, havendo atuado como um dos principais colaboradores do relator geral do novo Código Civil, e co-autor da obra *O Novo Código Civil Confrontado*, recém-publicada pela Método.