

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA**  
**Área de Concentração – Política, Movimentos Populacionais e Sociais**

**MAURÍCIO VISSOTO NEVES**

**Entre práticas médicas e discursos jurídicos:  
Uma abordagem sobre a reprodução humana assistida no contexto de  
elaboração do Código Civil de 2002**

**Dissertação de Mestrado**

**Maringá**  
**2009**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA

MAURÍCIO VISSOTO NEVES

**Entre práticas médicas e discursos jurídicos: uma abordagem sobre a reprodução humana assistida no contexto de elaboração do Código Civil de 2002**

Maringá  
2009

ii

MAURÍCIO VISSOTO NEVES

**Entre práticas médicas e discursos jurídicos: uma abordagem sobre a reprodução humana assistida no contexto de elaboração do Código Civil de 2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História.

Área de Concentração: Política, Movimentos Populacionais e Sociais.

Linha de Pesquisa: Instituições e História das Idéias.

Orientador: Professor Doutor Rivail Carvalho Rolim.

Maringá  
2009

iii

MAURÍCIO VISSOTO NEVES

**Entre práticas médicas e discursos jurídicos: uma abordagem sobre a reprodução humana assistida no contexto de elaboração do Código Civil de 2002.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em História.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Rivaíl Carvalho Rolim (Orientador)  
Universidade Estadual de Maringá - UEM

---

Professora Doutora Ivana Guilherme Similli  
Universidade Estadual de Maringá - UEM

---

Professora Doutora Renata Albernaz  
Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG

---

Professora Solange Ramos de Andrade  
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Dedico este trabalho

A todas as pessoas que, de qualquer maneira, fizeram e/ou fazem parte da minha vida, especialmente as que contribuíram para a consecução deste objetivo.

## Agradeço

Ao professor Doutor Rivail Carvalho Rolim, sem o qual este objetivo nunca teria sido alcançado, não somente pela orientação contínua na elaboração deste trabalho, mas também pela amizade, paciência e compreensão nesse tempo de convivência.

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós Graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, em especial a secretária Gisele, que sempre esteve disposta a auxiliar.

*“Acima do direito formal, da legalidade estricita,  
existe um direito, mais positivo do que esse,  
porque é, a um tempo, mais legítimo e mais forte:  
o direito que resulta do desenvolvimento humano.”*  
(Rui Barbosa)

*“A dualidade entre fatos e decisões leva à validação do conhecimento  
fundado nas ciências da natureza e desta forma  
elimina-se a praxis vital do âmbito destas ciências.  
A divisão positivista entre valores e fatos,  
longe de indicar uma solução, define um problema.”*  
(Jürgen Habermas).

## RESUMO

Aborda o ideário político-legislativo do contexto delineado entre os anos 1970 e 2002 acerca dos avanços científicos ligados à reprodução humana assistida, focando-se na análise sobre o pensamento jurídico referente à quebra da tradição da sexualidade como pressuposto da reprodução humana, suas repercussões e implicações frente ao concomitante período elaboração do novo Código Civil. Avalia a adequação do ordenamento jurídico, realizando-se uma análise comparativa entre a realidade social existente e a idealização de regulamentação legal que se apresenta no tocante a medicalização da reprodução humana. Analisa a postura dos operadores da política legislativa do Brasil que participaram da elaboração do referido Código Civil e as influências de paradigmas existentes no período descrito relacionados ao conhecimento e adequação às novas técnicas científicas desenvolvidas. Busca identificar as estratégias de controle de elaboração das leis no Brasil do período contextualizado, e evidenciar à contra face das relações político-institucionais e suas cristalizações no mundo contemporâneo, utilizando como perspectiva teórica a possibilidade de demonstrar que os reflexos ideológicos de tais idéias não foram condizentes com os avanços científicos ocorridos no âmbito da medicina, necessitando de justificação plausível ante a falha na finalidade precípua das Instituições responsáveis pela elaboração de leis no Brasil, e neste sentido, demonstrar que o acontecer social não foi contemplado nos termos em que as proposições teóricas dominantes se apresentavam no universo intelectual, os quais estavam inseridos os articuladores sociais das instâncias superiores, quais sejam, os legisladores. Avaliam-se os avanços hodiernos do conhecimento científico relacionado ao tema central, considerando-se que a participação direta do ser humano como agente de pesquisa e os fenômenos sociais, para que se compreenda a gênese e os elementos motivadores que deram feição à norma em comento – Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Código Civil. Política Legislativa. Reprodução Humana Assistida. Avanços Científicos. Recepção da realidade social. Médicos. Juristas.

## ABSTRACT

It approaches the politician-legislative idea of the delineated context between the years 1970 and 2002 concerning on scientific advances to the attended human being reproduction, focusing itself in the analysis on the referring legal thought to the tradition in addition to the sexuality as estimated the human being reproduction, its repercussions and implications front to the concomitant elaboration period of the new Civil Code. It evaluates the adequacy of the legal system, conducting a comparative analysis between the existent social reality and the idea of legal regulation that presents itself regarding the medication of human reproduction. It analyzes the position of the operators of the legislative politics of Brazil who took part in the elaboration of the related Civil Code and the influences of the existing paradigms in the described period related to the knowledge and adequacy to the new developed scientific techniques. It is an attempt to identify the strategies of law control elaboration in Brazil of the contextualized period, and to evidence the other face of the politician-institutional relations and its crystallizations in the contemporary world, being used as theoretical perspective the possibility to demonstrate that the ideological consequences of such ideas have not been referring with the scientific advances occurred in the medicine scope, needing reasonable justification face to the imperfection in the main purpose of the responsible Institutions for the elaboration of laws in Brazil, and in this direction, demonstrate that social happening was not contemplated in the terms where the dominant theoretical proposals presented themselves in the intellectual universe, which the social articulators of the higher stages of appeal were inserted, that is, the legislators. The current advances of the scientific knowledge related to the central subject, considering that are evaluated the direct participation of the human being as research agent and the social phenomena, so that the geneses and the elements reasons that gave the characteristic to the norm in comment - Civil Code of 2002 be understood.

Keywords: Civil code. Legislative politics. Human Reproduction Attended. Scientific advances. The Reception of the Social Reality. Doctors. Jurists.

N518e Neves, Maurício Vissoto

Entre práticas médicas e discursos jurídicos: uma abordagem sobre a reprodução humana assistida no contexto de elaboração do Código Civil de 2002. / Maurício Vissoto Neves: [s.n.], 2009.  
188f.: Il.; 30cm.

Orientador: Prof; Dr. Rivail Carvalho Rolim  
Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Maringá. Paraná.  
Programa de Pós Graduação em História, 2009.

1. Reprodução humana assistida – Legislação. 2. Avanços científicos. 3. Política Legislativa. 4. Código Civil. 5. Instituições e história das idéias. I Rolim, Rivail Carvalho. II. Universidade Estadual de Maringá.

CDD 22. ed. 346.015

## Sumário

Introdução.....	11
CAPÍTULO I: As idéias médicas acerca da reprodução humana assistida .....	16
1.1. A sexualidade como pressuposto natural à reprodução humana.....	16
1.2. O fim da tradição do exercício da sexualidade como pressuposto da reprodução humana.....	20
1.3. Medicalização da reprodução humana e reprodução humana assistida .....	25
1.4. Paradigma médico no contexto.....	29
1.5. Trajetória histórica dos avanços médicos-científicos e reprodução assistida .....	34
CAPÍTULO II: As idéias jurídicas sobre a “regularização” da reprodução humana assistida .....	40
2.1. A política legislativa no contexto de elaboração do Código Civil de 2002.....	40
2.2. A receptividade dos anseios sociais .....	44
2.3. A comissão elaboradora instituída para a formulação do Código Civil de 2002.....	48
CAPÍTULO III: Discursos teórico-científicos sobre a construção de leis .....	56
3.1. A Teoria Tridimensional do Direito como doutrina prevalecente no contexto .....	56
3.2. A recepção da realidade social segundo a teoria tridimensional do Direito.....	57
3.3. A Teoria Tridimensional do Direito como discurso jurídico.....	59
3.4. Debates em torno da perspectiva teórica realiana .....	63
3.5. As lacunas no ordenamento jurídico e sua colmatação.....	66
CAPÍTULO IV: O Código Civil de 2002 como extrato dos discursos jurídicos.....	74
4.1. O Direito de Família e suas principais referências histórico-sociais.....	74
4.2. O Direito de Família na atualidade .....	77
4.3. O Código Civil de 2002 e a legislação pertinente.....	80
4.4. Reprodução assistida e filiação no Código Civil de 2002 .....	82
4.5. Da necessidade de legislação específica.....	106
4.6. Dos projetos de lei em trâmite .....	109
CONCLUSÃO.....	112
Referências .....	114
ANEXOS.....	118
Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92.....	119
Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (1º Substitutivo) .....	121
Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (2º Substitutivo) .....	126
Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996.....	132
Lei nº 11.105, de 24 de Março de 2005 .....	135
Lei nº 8.974, de 05 de Janeiro de 2005 .....	145
Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005.....	150
Projeto de Lei nº 1.184, de 2003 – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania .....	164
Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975 .....	167
Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça .....	168
Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil.....	170

## **Introdução**

O objetivo do presente trabalho é analisar o pensamento jurídico acerca da quebra da tradição da sexualidade como pressuposto da reprodução humana e a nova concepção de organização da vida social da família como instituição política. Pode-se de antemão dizer que as novas técnicas científicas de reprodução humana serão capazes produzir implicações incomensuráveis sobre as populações futuras.

O período delimitado para as reflexões a serem realizadas está situado entre os anos de 1970 e 2002. Essa conjuntura ficou claramente identificada pelos debates acerca de idéias médicas e jurídicas, notadamente quanto as que concorreram diretamente para o debate acerca da reprodução humana assistida, como exemplo, a inseminação artificial - bebê de proveta - concretizada na segunda metade da década de 70. Este mesmo contexto corresponde ao período de elaboração do Código Civil brasileiro atual e que expressa em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V, as únicas referências legislativas de cunho ordinário sobre reprodução humana assistida.

Com efeito, ao analisar a bibliografia respectiva não foram encontrados trabalhos que abordaram essa temática de maneira sistematizada, apesar da constatação de um intenso processo de debate sobre a forma como esses avanços científicos seriam recepcionados pelo ordenamento jurídico. Ainda, inseridos nos debates estão outros questionamentos, como exemplo, se a lei civil efetivamente atendeu seu sentido teleológico, qual seja o de refletir os anseios, as necessidades e a realidade social a qual lhe é suscetível, de modo a oferecer amparo legal às relações sociais estabelecida entre particulares.

Diante do exposto, alguns questionamentos aparecem: em que medida o fenômeno em foco influenciou o processo de estruturação e movimentação das normas jurídicas? Que valores existiam na sociedade brasileira nesta conjuntura, principalmente entre aqueles que foram responsáveis em elaborar e sancionar o novo Código civil? Por que se mostraram resistentes em introduzir as novidades sobre a reprodução humana na Lei Civil? Será que a intenção não era justamente de impedir que essas novidades fossem introduzidas no Código Civil? Quando elaboraram o Código Civil desta forma, existia um determinado intuito, qual seja o de não introduzir as novidades trazidas pela ciência e pelo clamor social no novo Código Civil?

Segundo uma parcela considerável de juristas e profissionais do campo jurídico da atualidade, estes fenômenos históricos demonstram repercussões sociais que, quando

transpostas à contemporaneidade, possibilita inferir que a população brasileira é afetada por um ordenamento jurídico falho e lacunoso, pois ao ocultarem as diferenças e os conflitos, colocam perspectivas científicas no plano da marginalidade ou da ilegalidade, não respondendo às necessidades iminentes de normatização dessas novas relações. Por outro lado, a corrente doutrinária favorável aos teóricos e elaboradores do Código afirma a ocorrência do efetivo atendimento aos anseios sociais, gerando-se um conflito entre as idéias que permeiam a base do ordenamento jurídico vigente.

Quanto a isto, vale salientar que a relação de poder existente neste processo de estruturação e movimentação das novas normas jurídicas gerou um tensionamento significativo entre os avanços científicos ocorridos no âmbito da medicina e sua regulamentação pelo ordenamento jurídico. Vale lembrar que não há um poder institucionalizado em que se possa compreender toda a formação da legislação como um extrato automático, diga-se, resultante de um processo mecanizado: há entes humanos imersos em um universo em que há uma infinidade de padrões socioculturais a serem recepcionados como base para decisões de ordem política. Neste particular, Gizlene Neder é incisiva ao expressar:

A aproximação entre História e Direito deve tomar como referência a dinâmica de uma conjuntura histórica determinada, intercedida e intercedendo as transformações do Direito. Ou seja, tanto do ponto de vista do método histórico quanto do Direito, a análise das normas jurídicas no acontecer social deve privilegiar o processo histórico, promovendo um recorte em sua conjuntura a fim de viabilizar a análise dos mecanismos de estruturação e de movimentação destas normas (NEDER, 1995, p. 25).

Pode-se verificar, segundo a perspectiva teórica de Gizlene Neder acima transcrita, que o Direito é um produto histórico, o qual transforma a realidade a partir do momento que planifica a vida social, mas que, simultaneamente, é transformado pela própria dinâmica da realidade social a qual transforma, sendo assim um extrato do que “está sendo“, e não do que “é“, a sociedade na qual está inserido.

Neste sentido, são palavras de Roberto Lyra Filho:

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas (LYRA FILHO, p. 121.)

Noutro enfoque, Pierre Bourdieu oferece a visualização do que ocorre num determinado “campo” em que as condições sociais são estabelecidas, de maneira a entender-

se o dinamismo característico das relações políticas havidas neste universo:

Todo campo, o campo científico, por exemplo, é um campo de forças e um campo de lutas para conservar ou transformar esse campo de forças. Pode-se, num primeiro momento, descrever um espaço científico ou um espaço religioso como um mundo físico, comportando as relações de força, as relações de dominação (BOURDIEU, 2004. p. 22-23).

Destarte, o desenvolvimento do presente trabalho se deu por meio da análise dos discursos presentes em extratos legislativos, artigos científicos colhidos em sites especializados na *internet*, na bibliografia que circunda o tema, e nas práticas que construíram as fases de elaboração do Código Civil, com vistas ao entrelaçamento das informações que identificam os movimentos e forças que impulsionaram os processos transformação histórica.

O debate sobre a medicalização da reprodução humana foi amplamente divulgado nos meios científicos especializados, com ênfase na saúde pública e no direito. Em função disso, selecionaram-se fontes secundárias para a fundamentação do texto desenvolvido, haja vista que uma quantidade significativa de artigos acerca da temática foram amplamente divulgados no âmbito acadêmico e profissional em momento ulterior aos avanços científicos e fenômenos sociais, os quais refletiram e evidenciaram a presença do campo jurídico frente às idéias bioéticas aplicáveis acerca da medicalização da reprodução humana e suas repercussões nos vários âmbitos do Direito.

Para tanto, no primeiro capítulo são analisadas as idéias médicas acerca da reprodução humana assistida: os avanços médicos-científicos do período, bem como o paradigma teórico da medicina que se referia a temas sobre reprodução humana, como exemplo, a primeira inseminação artificial (bebê de proveta) ocorrida no final da década de 70. Cotejam-se também as ações e reações no universo jurídico de maneira paralela. Visualiza-se ainda o nascimento das questões bioéticas e os respectivos debates médicos sobre reprodução humana com vistas a obter os pontos convergentes e divergentes havidos nos diálogos ocorridos entre as categorias médica e jurídica. Com isso se traz indagações, como exemplo, quais os temas relevantes que não foram recepcionados pelo ordenamento jurídico e suas respectivas conseqüências práticas no bojo social, o que faz requerer, necessariamente, as justificativas para a não recepção. Aborda-se de antemão a questão referente à sexualidade como pressuposto natural à reprodução humana, seus contornos históricos e pontos ínsitos à discussão teórico-científica. Em seguida realizou-se a descrição de traços históricos fundamentais, notadamente sobre fatos considerados como inovações e transformações no decorrer histórico, os padrões atuais em que se obtém a importância do seu exercício e as

perspectivas acerca do seu emprego e da sua importância frente à família, entendida esta como entidade institucionalizada. Na sequência, verticaliza-se a pesquisa refletindo-se sobre o fim da tradição da sexualidade como pressuposto da reprodução humana, verificando os significados, as dimensões e alcance dessa nova concepção social sobre a família - local primaz de análise do exercício da sexualidade. Por fim, adentra-se na temática específica sobre a medicalização da reprodução humana e reprodução humana assistida, onde se visa traçar as diferenciações técnicas sobre as formas atuais de reprodução medicamente assistida.

O segundo capítulo aborda as idéias jurídicas sobre a “regularização” da reprodução humana assistida, analisando-se os discursos jurídicos no período, bem como os conclames constatáveis em revistas, meio acadêmico e meio científico, visando ressaltar a existência, ou não, de um possível “diálogo” estabelecido entre cientistas médicos e juristas. Caracteriza-se ainda o contexto de elaboração do Código Civil de 2002 (1970/2002), analisando a política legislativa estabelecida, bem como os contornos políticos e estruturação do poder legislativo. Importante ressaltar que os discursos considerados são os que emergem sob todas as formas de expressão do universo social e específico, ou seja, tanto as expressões e manifestações de particulares, os documentos relacionados ao objeto central de pesquisa - a elaboração da Lei -, como o próprio extrato legislativo.

No terceiro capítulo faz-se uma análise da teoria jurídica da construção de leis, dando-se ênfase à referência teórica do contexto histórico eleito para a pesquisa. Assim, analisam-se os meios de recepção da realidade social segundo a Teoria Tridimensional do Direito, com vistas a explicar e avaliar sua aplicabilidade a partir desta perspectiva teórica, lançando-se considerações sobre a doutrina realeza, onde se enfatiza a tríade “fato, valor e norma” como o mecanismo teórico dos protagonistas do contexto legislativo. Sobre este último ponto, lançam-se à pesquisa os discursos e debates em torno da perspectiva teórica realeza, para, por fim, procurar entender os mecanismos de colmatação de “lacunas” existentes no ordenamento jurídico. Mais uma vez se ressalta a forma justificadora desta abordagem, qual seja, a de interpretar a teoria prevalecente no contexto como uma forma de expressar um determinado discurso, agora no âmbito teórico-jurídico.

O quarto capítulo enfatiza o Direito de Família e as principais alterações referentes ao tema, iniciando-se pela análise do Código Civil de 2002 no Capítulo II do Livro IV que disciplina, especificamente, sobre a filiação no âmbito do Direito de Família pátrio, e a legislação pertinente sobre a reprodução homóloga e reprodução heteróloga, abordando-se

ainda as novas técnicas de reprodução humana e culturas reprodutivas com detalhamento de funcionalidade, para verificar, em momento posterior, alguns temas reflexos, como exemplos, a Bioética e seus desdobramentos, o Biodireito enquanto ciência voltada para as questões suscitadas, e a Biotecnologia como nova modalidade científica a ser “controlada” pelo refreamento do ímpeto de seus representantes por meio de imposições legislativas. Após essas análises, pretende-se subtrair o extrato que o Código Civil de 2002 reservou ao tema central do presente trabalho e lançar reflexões sobre a necessidade de legislação específica para o mesmo no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. Contém aqui o extrato de onde se pode obter o “discurso conclusivo” no qual se pautaram os elaboradores do novo Código Civil.

## **CAPÍTULO I: As idéias médicas acerca da reprodução humana assistida**

### **1.1. A sexualidade como pressuposto natural à reprodução humana**

O primeiro ponto de análise refere-se ao eixo-grosso da pesquisa realizada, qual seja, a sexualidade humana e seu exercício decorrente de ato humano voluntário sem o emprego de técnicas científicas, enquanto matiz referencial para a procriação humana.

Os termos *procriação* e *reprodução* são empregados com a mesma significação, uma vez que se costuma utilizar essas expressões de forma indistinta no âmbito da medicina (GAMA, 2003, p. 12). Por outro lado, os operadores do Direito também não utilizam uma terminologia pré-definida ou determinada quando da abordagem do tema.

Ponto que suscita variáveis formas de abordagens e considerações sobre uma infinidade de aspectos pode-se inferir que a sexualidade detém o poder definidor da natureza, da conduta e da sociabilidade humana.

Neste sentido, é possível afirmar que a sexualidade pode ser definida como o viés condutor dos caminhos percorridos pelo ser humano em seus aspectos históricos, notadamente no que se refere às transformações sociais a que fora sujeito, uma vez que vinculadas aos mecanismos de inserção social dos poderes institucionalizados, momento este em que se tem a sexualidade como aspecto instintivo do ser humano, o qual a possui como elementar em sua existência.

Num segundo momento, a conscientização do alcance e dimensão deste elemento no âmbito do convívio social e, logo, no desenvolvimento da sociedade, tornou-se fator decisivo para a construção de métodos de inserção social a serem empregados, visando à contenção e controle de condutas que, de alguma maneira, pudessem divergir dessa “conscientização” estabelecida, ou seja: a sexualidade ainda é referenciada como elemento instintivo, no entanto, sem prescindir da racionalidade para o seu exercício.

Assim, a procriação humana passa a representar um fator primaz e autorizador para o exercício da sexualidade, ou seja, este depende da existência daquele intuito invariavelmente, devendo estar vinculados e condicionados para aquela finalidade. Em suma, racionalizar o instinto neste aspecto significa que o exercício da sexualidade depende unicamente da intenção de procriar.

No entanto, as maneiras de aplicação da racionalidade sobre o exercício da sexualidade a ser utilizada pelos poderes institucionalizados, notadamente como meio de

controle social, pautam-se em elementos pessoais sobre pontos decisórios de cunho puramente subjetivo, ou seja, uma variante social que reage às circunstâncias históricas e de acordo com a conveniência “político-subjetiva” dos detentores destes poderes sobre o social.

Neste particular, saliente-se que a atuação e aplicação efetiva de poderes institucionalizados em suas formas de proceder diante do social (como exemplos, Igreja e Estado), impunham regras que se dirigem direta ou indiretamente ao controle do exercício da sexualidade, ou seja, ao regramento do seu exercício, ainda que dentro do núcleo celular da sociedade – a família institucionalizada - senão vejamos:

Mas, dado o consentimento, pouco restava, no plano das conseqüências do casamento, que não decorresse forçosamente da própria natureza da instituição que ele fizera surgir – o estado de casado, a família. A teologia cristã explicava este paradoxo de um acto de vontade dar lugar a conseqüências de que a vontade não podia dispor concebendo a vontade de casar apenas como uma matéria informe a que a graça divina vinha dar uma forma (isto é, conseqüências) determinada. A primeira destas conseqüências era a obrigação, para os dois cônjuges de se entregarem um ao outro, gerando uma unidade em que ambos se convertiam em carne de uma só carne [Irons duo in una caro (serão os dois uma só carne), Génesis, 2]. Esta união mística dos amantes já ocorria pelo facto mesmo do amor, que, de acordo com a análise psicológica dos sentimentos empreendida pela escolástica, fazia com que a coisa amada se incorporasse no próprio amante, idéia a que Camões se referia no conhecido soneto “Transforma-se o amador na coisa amada [...]”. A união conjugal não era, de resto, senão uma repriminção de uma unidade originária, pois (e esta distinção não deixará de marcar o originário das relações entre os sexos) a mulher saíra do corpo do homem, reintegrando-se com o matrimónio, no plano espiritual, essa comunidade corpórea (HESPANHA, 1993, p. 952-953).

Destarte, verifica-se que a padronização ou regramento do exercício da sexualidade é, desde então, um meio considerado eficaz para utilização política como ferramenta de inserção social – instrumento de poder - uma vez que interfere diretamente na constituição e finalidade da instituição nuclear da sociedade, qual seja, a família.

Assim, a constituição da sociedade por meio da aplicação de um instrumento que se concretiza por método indutivo, ou seja, partindo do controle do elemento particular (família) para a construção elemento geral (sociedade) toma a forma de fator político determinante, e concede aos detentores dos poderes institucionalizados a chancela para a eleição de determinações cogentes sobre o direcionamento das formas de convívio e relacionamento do ser humano, seja em sua fonte social primária, a família, seja em seu contato secundário: a sociedade.

A família, sob enfoque histórico e na visão de Antônio Manuel Hespanha, tem seus

contornos determináveis por fatores endógenos e exógenos, como expressa a seguir:

São justamente estas finalidades e a sua hierarquia que explicam o conteúdo dos deveres mútuos dos cônjuges, nomeadamente no plano da disciplina da sexualidade matrimonial. De facto, o facto de a reprodução aparecer como a finalidade principal do casamento implicava que a sexualidade apenas fosse tida como natural desde que visasse este fim. Seriam, desde logo, contra natura todas as práticas sexuais que visassem apenas o prazer, bem como todas as que se afastassem do coito natural e honesto – vir cum foemina, recta positio, recto vaso (homem com mulher, na posição certa, no “vaso” certo). Daí a enorme extensão dada ao pecado (e ao crime) de sodomia, que incluía não só as práticas homossexuais, mas ainda todas aquelas em que nas relações sexuais se impedisse de qualquer forma a fecundação. Mas, mesmo que “natural”, a sexualidade matrimonial não devia estar entregue ao arbítrio da paixão ou do desejo, antes se devendo manter nos estritos limites do honesto. Assim, a sexualidade – particularmente a sexualidade da mulher – era drasticamente regulada por aquilo a que os teólogos e moralistas chamavam o “uso honesto do casamento”. O coito não devia ser praticado sem necessidade ou para pura satisfação da concupiscência, antes se devendo observar a moderação (San Jose, 1791, tr. 34, ns. 158-160). Em rigor, devia terminar com o orgasmo do homem, pois, verificado este, estavam criadas as condições para a fecundação. Tudo o que se passasse daí em diante visava apenas o prazer, sendo condenável. Os esposos deviam evitar, como pecaminosas, quaisquer carícias físicas que não estivessem ordenadas à prática de um coito honesto. Pecado grave era também o deleite com a recordação ou imaginação de relações sexuais com o cônjuge (San Jose, 1791, tr. 34, 163). Para além disso, o coito podia ser desonesto quanto ao tempo e quanto ao lugar (HESPANHA, 1993, p. 954).

Os fatores exógenos são os que advêm do “*conteúdo dos deveres mútuos dos cônjuges, nomeadamente no plano da disciplina da sexualidade matrimonial*”, uma vez que implantados na prática social (“*reguladas*”) como “deveres-obrigações” a serem observadas pelo particular, sendo “*contra natura*” a prática da sexualidade sem o seu atendimento, enquanto que os fatores endógenos são oriundos da consolidação das idéias acerca do elemento “finalístico” do casamento enquanto convenção social – esta permeada no imaginário popular - os quais têm como referência precípua outra imposição, qual seja, a procriação, ou seja, o casamento alcança sua finalidade quando se têm a prole advinda do “*uso honesto do casamento*”. Em outras palavras, parte-se do condicionamento pessoal (particular) visando o atendimento desta regra, para o alcance da finalidade do casamento.

Percebe-se, destarte, que os caminhos percorridos pelas mentalidades sociais relacionadas à procriação humana, produzem no imaginário social uma representação dominante da mulher-esposa como “mãe”, responsável pela prole, impondo ao particular a necessidade do “cumprimento” da regra social da reprodução e constituição de prole.

Porém, uma realidade também vislumbrada desde os primórdios da humanidade até a

contemporaneidade é a questão da infertilidade humana. Quando direcionada ao âmbito médico, encontra um período de superdimensionamento de suas consequências sociais pelos próprios poderes institucionalizados: o alarde sobre um “problema” de saúde pública e, conseqüentemente, a causa do sofrimento do gênero feminino.

A mulher, neste momento, é colocada em posição sobrelevada de “causa” da impossibilidade de procriar, e a preocupação com a necessária resposta à sociedade no que se refere à constituição de “família com prole” recai sobre esta, que detém todos os deveres e obrigações a serem atendidas, isentando ao homem da possibilidade de não poder corresponder com as necessidades biológicas para a consecução da concepção, ou seja, o fato de poder ser infértil.

Destarte, estando estabelecidos padrões sociais a serem observados, os quais elegem a “família com prole” como o alcance da finalidade da família, e encontrando-se diante do fato da infertilidade, eis que emerge um problema com desdobramentos infindáveis, tanto para o universo particular do casal, como para sua representação frente à sociedade. Casamento sem prole e exercício da sexualidade em que o intuito da procriação não é alcançado são cargas obrigacionais de ordem moral que interferem diretamente no comportamento e moldagem da família institucionalizada. Decorre daí um período em que se constata a constituição do que se denomina a “sociedade da normalização”, expressão esta utilizada por Michel Foucault para apontar que o poder do direito passa a sofrer divisões e invasões de outros poderes para a constituição deste conceito.

Esclarecedoras são as palavras de Ricardo Marcelo Fonseca ao explicar os influxos no direito que deram causa ao nascimento desta concepção sociológica em torno do Direito:

... aqui o poder do direito é colocado como algo que não divide espaço com outro poder (ou outras “técnicas” de poder, como a disciplina), mas também é visto como um espaço que vem sendo invadido pelos “procedimentos de normalização”. Estes estariam colonizando os procedimentos da lei e tudo isso construiria aquele que ele chama de “sociedade de normalização” (FONSECA, 2005, p. 109).

Em momento posterior, notadamente na segunda metade do século XVIII, têm-se o auge do que se denomina biopolítica. Segundo o autor acima mencionado:

Trata-se de uma nova forma de poder que aparece na segunda metade do século XVIII que não exclui o exercício do poder disciplinar, mas o embute, integra-o, modificando-o parcialmente. Aqui se nota, segundo FOUCAULT, um deslocamento histórico importante no modo como se trata o poder: enquanto até o século XVIII (quando aparece a forma de normalização biopolítica) o poder soberano tinha um “poder de morte”, ou seja, o poder de

negar, barrar, destruir ou eliminar, a partir daquele século se verifica um poder destinado a produzir forças, fazê-las crescer e ordená-las. Trata-se cada vez mais de um poder que gere a vida, ao invés de um poder que produz a morte. O seu campo de incidência não é mais o corpo (como no poder disciplinar), mas a vida dos homens; com isto se quer especificar os processos de conjunto que são da própria vida, tais como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Ele não é individualizante como a disciplina uma vez que se dirige às populações. Ao abranger as questões das taxas de natalidade, mortalidade, de longevidade, o problema das doenças, etc., a biopolítica está visando um série de problemas econômicos e políticos de “massas” que a partir de então começam a ser objeto de controle. Segundo Foucault, a biopolítica “centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante um série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população” (FONSECA, 2005, p. 109 e ss.).

Segundo a definição do próprio Michel Foucault biopolítica “é o que se poderiam denominar de assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico” (FOUCAULT, 2000, p. 285). Em suma, constrói-se perante a sociedade moderna uma nova concepção de poder político direcionado ao particular, onde este é o receptor das novas formas de inserção social, as quais elegem a regulação sobre o “corpo físico” como meio de efetivação do poder estatal.

## **1.2. O fim da tradição do exercício da sexualidade como pressuposto da reprodução humana**

Inicialmente, importa ressaltar que a análise que se emprega neste ponto do trabalho utiliza como referência o pensamento histórico ocidental, enfatizando-se as idéias de regramento e condicionamento do exercício da sexualidade com vistas à procriação humana. Significa dizer que as sociedades sempre tiveram práticas sexuais sem que, necessariamente ou obrigatoriamente, estivessem ligadas à reprodução humana. Porém, os eventos históricos que enfatizam a sexualidade como meio de inserção/controlado do social são os recortes que interessam a análise a ser realizada.

As pesquisas direcionadas à saúde reprodutiva em sentido mais estrito, podem ser consideradas como formadoras de um campo específico e até mesmo distante da temática da sexualidade. No entanto, alguns argumentos justificam essa inclusão, dentre os quais a óbvia vinculação entre reprodução biológica e exercício (heterossexual) da sexualidade.

A conjunção entre estes temas é foco de muitos estudos, que se situam na interseção

entre as temáticas da identidade, da sexualidade e da reprodução. As motivações para utilizá-los têm a ver com o campo em que foram produzidos, o qual é o universo que os abrange.

Assim, se em um determinado contexto histórico o exercício da sexualidade é o foco de atenção dos poderes institucionalizados como forma de controle social, em outro, o exercício da sexualidade apresenta-se como fator secundário a ser considerado: tem-se somente a procriação humana como ponto de intersecção entre controle do social e atendimento aos conclames sociais, notadamente no que diz respeito aos casos de impedimentos naturais: “controle” por meio de legislação específica visando coibir os possíveis abusos decorrentes do emprego dos avanços tecnológicos alcançados até o momento, e o “atendimento aos conclames” da sociedade no que diz respeito à regulação do emprego positivo das técnicas científicas existentes.

Verifica-se, destarte, que há duas frentes de pesquisa a serem analisadas: aquela que coíbe o mau emprego das técnicas científicas para fins de procriação humana (como exemplo, a eugenia negativa), e o seu bom emprego, ou seja, quando visa a atender os conclames sociais, especialmente na hipótese de impedimentos naturais, ocasião em que a reprodução assistida é o meio eficaz de resolução do problema constatado.

Porém, a cautela neste aspecto é um imperativo, uma vez que toda iniciativa direcionada a preparo ou regulação de populações futuras trazem consigo a conotação eugenista arraigada nos momentos históricos da humanidade, e segundo Eduardo de Oliveira Leite:

A eugenia negativa (esterilização dos degenerados), assim como a positiva (necessidade de exame pré-nupcial), é invocada como se fosse uma só realidade (LEITE, 2004, p. 85).

Por estas razões, não se pode enfatizar o emprego do exercício da sexualidade como forma “ideal” para reprodução humana nos tempos hodiernos (o que representaria uma postura retrógrada e até mesmo paradoxal), haja vista que o decorrer histórico e o conhecimento científico alcançado neste âmbito impedem qualquer manifestação neste sentido. No entanto, o intuito a ser visado é a reflexão acerca do fim da necessidade do emprego natural da sexualidade como pressuposto da reprodução humana, as novas técnicas reprodutivas que possibilitam a reprodução de maneira assistida e, paralelamente, acerca dos mecanismos sociais de cunho legislativo dirigidos ao âmbito das discussões concernentes ao tema, uma vez que as conseqüências práticas da utilização daquelas técnicas interferem diretamente no campo social.

Neste sentido, a análise crítica acerca da quebra da tradição do emprego da sexualidade como pressuposto da reprodução humana, bem como a nova concepção de organização da vida social e da entidade familiar, esta considerada como instituição política atuante, é suscetível de discussões éticas, bioéticas e biojurídicas, pois as novas técnicas genéticas de reprodução humana são capazes de fazer surgir implicações incomensuráveis sobre as populações futuras.

Assim, interessa analisar a reprodução humana assistida como elemento causador da ruptura definitiva do condicionamento havido entre sexualidade e reprodução biológica, bem como construidora dos contornos da procriação humana simbólica ou concreta, com vistas à regulamentação necessária para a contenção de fatores sócio-políticos e jurídicos determinantes, e que traçam as novas configurações da atual entidade familiar.

Porém, sendo elementares ao percurso histórico da sexualidade humana, estes fatores são, necessariamente, suscetíveis de transformações, os quais são influenciados diretamente pela moral e pela ética, notadamente no que se refere aos aspectos axiológicos desses planos.

Vale esclarecer que os sentidos da palavra ética e da palavra moral não possuem o mesmo significado: a primeira palavra advém de termos de origem grega, quais sejam, *ethos* e *ethiké* (“lugar onde se habita” e “modo de ser”) e a segunda palavra do latim *mos-moris*, que pode ser entendida como “costumes”, ou seja, o conjunto de normas estabelecidas pelo hábito reiterado de sua prática. No entanto, há que entenda as expressões referidas como sinônimas. (OLIVEIRA, 2003. p. 37).

Para Miguel Reale, a ética, sob o ponto de vista do particular:

... toma o nome de Moral, que, desse modo, pode ser considerada a Ética da subjetividade, ou do bem da pessoa. Quando, ao contrário, a ação ou conduta é analisada em função de suas relações intersubjetivas, implicando a existência de um bem social (...), a Ética assume duas expressões distintas: a da Moral Social (Costumes e Convenções sociais); e a do Direito (REALE, 1995. p. 39).

Seguindo-se estas referências históricas, em tempos hodiernos pode-se afirmar que a noção/significado de entidade familiar se apresenta em um novo momento histórico, uma vez que o processo de revalorização da dicotomia existente entre a afetividade e a desbiologização representou uma mudança de paradigmas para sua nova caracterização.

Sobre este tema, Thomas Kuhn assim conceitua a expressão paradigma:

Um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. Os

que trabalham dentro de um paradigma, seja ele a mecânica newtoniana, ótica de ondas, química analítica ou qualquer outro praticam ciência normal. Os cientistas normais articularão e desenvolverão o paradigma em sua tentativa de explicar e de acomodar o comportamento de alguns aspectos do mundo real tais como relevados através dos resultados de experiências. Ao fazê-lo experimentarão, inevitavelmente, dificuldades e encontrarão falsificações aparentes. Se dificuldades deste tipo fugirem ao controle, um estado de crise se manifestará. Uma crise é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a adesão de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático, é abandonado. A mudança descontínua constitui uma revolução científica (KUHN, 1975, p. 218).

Pertinente observar as palavras de Lauro Augusto Moreira Maia no que se refere aos paradigmas e sua existência na sociedade:

Paradigmas sempre existiram. Nunca a sociedade viveu sem eles. E ainda deve ser lembrado que “o tempo todo estamos vendo o mundo por meio dos nossos paradigmas”. Mas o primeiro estudioso do tema foi Thomas Kuhn, com a publicação de *A Estrutura das Revoluções Científicas*, publicado em 1962. Não se pode conceituar ou definir o que seja paradigma, mas se pode compreendê-lo, a partir de certas noções ou vetores orientativos. Analisando vários autores, pode-se afirmar o seguinte sobre um paradigma: a) Ele não constitui um imediato objeto de conhecimento –; antes é ele quem determina como nós iremos “ver” esse objeto de conhecimento; b) Ele surge, em substituição a um antigo, de modo relativamente lento, gradual; é absorvido no contexto da existência, na experiência do nosso estar-no-mundo; c) Ele não precisa, para ser reconhecido como paradigma, do consenso universal, mas precisa ser ao menos partilhado por uma comunidade de cientistas (no caso do paradigma científico); d) Ele não se refere apenas a “uma visão de mundo”, na medida em que é possível que cada pessoa tenha a sua peculiar visão de mundo, pois, enquanto o paradigma, deve ser “compartilhado por uma comunidade”; e) Ele certamente não é totalizante, no sentido de ser algo válido de modo absoluto para todas as culturas, povos, ciências em todos os tempos etc. Um paradigma se refere a um mecanismo próprio de estruturar o pensamento num determinado setor – p. ex., o paradigma de comportamento das sociedades primitivas não corresponde ao das sociedades modernas (MAIA, 2007, p. 28).

Neste sentido, há que se considerar a mudança de paradigmas sociais sobre a revalorização sobre o exercício da sexualidade a partir do contexto histórico em que a reprodução humana assistida é inserida como alternativa, podendo-se afirmar que há também outro novo paradigma estabelecido: o referente ao próprio exercício da sexualidade.

Significa dizer que tal período representa a consolidação da superação dos paradigmas antes existentes, seja acerca da reprodução humana como pressuposto “autorizador” ao exercício da sexualidade - o intuito de reproduzir não se encontra mais embutido nos regramentos sociais no qual a sexualidade estaria condicionada -, seja acerca do exercício da

sexualidade como pressuposto à reprodução humana - a procriação pode existir sem o emprego da sexualidade.

Reforça tal idéia as palavras de Boaventura de Souza Santos:

A crise do paradigma dominante é o resultado interactivo de uma pluralidade de condições. Distingo entre condições sociais e condições teóricas. Darei mais atenção às condições teóricas e por elas começo. A primeira observação, que não é tão trivial quanto parece, é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. O aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda (SANTOS, 2002, p. 24).

Neste sentido, a moral também é suscetível a revalorizações, uma vez que representa o resultado de uma cultura social estabelecida com o decorrer histórico. Neste particular, o padrão de conduta relacionado ao exercício da sexualidade que se tem como referência em um determinado momento histórico não é adequado e, logo, não aceito após um determinado interregno, pois reflete que as circunstâncias sociais estabelecidas pelos particulares impõem ao poder institucionalizado, de maneira reversa, tensões que o impulsionam, naturalmente, à readaptação das regras a serem estabelecidas entre um determinado contexto histórico e outro posterior, visualizando-se a convergência de tensionamentos entre pólos distintos – particulares e poderes institucionalizados - acerca de um mesmo ponto: a criação das referências/paradigmas de condutas.

Ressalte-se a pertinência da distinção entre as representações da biologia das que se atribuem um valor moral. A natureza, como representação, é tanto a biologia em si como um referencial do que é útil para a continuidade da existência, ou seja, da ordem moral representando um paradigma de realidade, como a tecnologia, a qual a natureza se contrapõe, uma vez que se origina de um resultado do desenvolvimento cultural humano (LUNA, 2005, p. 409).

Destarte, a reprodução assistida, como resultado desse desenvolvimento cultural humano, vem definitivamente desvincular a reprodução humana e a vida sexual, uma vez que as inovações tecnológicas ocasionam uma infinidade de possibilidades individuais, nas quais passam a consistir em alternativas voluntariamente aceitas entre os particulares. Isto é possível devido ao fato de estarmos inseridos em uma sociedade onde as diversas opções de caminhos existentes para o alcance do que é eleito como “prioridade” são apresentados, submetidos e aceitos de acordo com a sua conveniência e vontade individual. Neste aspecto, interessante comentário é tecido por Antônio Carlos Wolkmer:

As experiências cotidianas dos indivíduos e dos movimentos coletivos, quer por suas próprias relações sociais relativamente autônomas, quer pelos influxos ordenadores das instituições, acabam direcionando as escolhas dos valores, interesses e carências. Pode-se consignar, no laço de Edison Nunes que o conjunto das carências enquanto formalização de intentos individuais ou coletivos, “em sociedades modernas, marcadas pela industrialização, capitalização e pela presença de valores democráticos, ao menos como idéia regulativa, [...] apresenta um aspecto pluralista. Vale dizer: cada indivíduo deve optar entre determinadas carências em detrimento de outras, dado que existem inclusive contradições entre carências, bem como a criação de novas carências é uma possibilidade real. Essa escolha, por sua vez, é guiada pela opção entre valores, cuja somatória numa sociedade pluralista também apresenta inúmeras incongruências e contradições (WOLKMER, 1994, p. 145-146).

Assim, a relatividade da autonomia do indivíduo no universo social faz inferir que a opção entre a recepção aos ditames sociais que impunham regramentos ao exercício de sua intimidade, ou de qualquer outro aspecto de sua vida e a desvinculação a padrões sociais impostos, é resultante de um conjunto de fatores valorativos que condicionam e são condicionados por elementos objetivos (externos) e subjetivos (internos) de sua consciência e individualidade. A conjunção destes elementos tem ligação direta com o corpo social, ao tempo em que a constrói e a dinamiza, fazendo-a gerir fatos e fenômenos sociais.

### **1.3. Medicalização da reprodução humana e reprodução humana assistida**

A medicalização da reprodução humana é um dos grandes temas que suscita a discussão no âmbito das ciências relacionadas à Saúde e Direito na atualidade, tendo em vista a existência de modernas técnicas que podem oferecer a maternidade tanto às mulheres estéreis quanto àquelas que já atingiram a menopausa, a mulheres lésbicas e, mesmo, a chance de maternidade às mulheres virgens.

A reprodução da espécie humana é, provavelmente, o campo no qual progressos da ciência e modificações dos comportamentos cotidianos mais se entrelaçam. Alcançou-se, antes de mais nada, neste século, conhecimento aprofundado dos fenômenos da reprodução que se difundiu na consciência comum de grande parte (ou pelo menos da parte instruída) da humanidade. Surgiu, além disso, a possibilidade de controlar a população através de meios menos traumáticos do que os vigentes no passado (guerras, epidemias, infanticídios, abortos etc.) até atingir a “procriação consciente” (BERLINGUER, 1991, p. 39).

Tendo havido a quebra da tradição histórica e social da maternidade ao se separar a reprodução da sexualidade, e ainda, a sua desvinculação dos limites e imposições traçados pela tradição e pela biologia humana, a revalorização da maternidade enquanto vocação do

sexo feminino e, conseqüentemente, o efeito transformador sobre a organização social da família foram fenômenos que deram novos contornos ao instituto nuclear da sociedade, qual seja, a família.

A dissociação entre reprodução e sexualidade tem seu advento marcado pela pílula anticoncepcional, bem como com os posteriores aperfeiçoamentos de métodos contraceptivos que possibilitaram o sexo sem procriação, ou melhor, o sexo com controle sobre a reprodução humana. Num segundo momento, tem-se o avanço das técnicas de reprodução assistida, no qual a concepção sem sexo foi viabilizada de maneira efetiva. Sob este tema, Eduardo de Oliveira Leite assim se manifestou:

O controle da natalidade, permitindo dominar a procriação separou - de forma definitiva - a atividade sexual do fenômeno procriativo. Substantial revolução que provocou inimaginável impacto sobre o comportamento humano, o que antes era obrigação, torna-se gora, opção; antes não se podia ter o sexo sem aceitar, ao menos eventualmente, o ônus da paternidade; hoje tem-se o sexo e a procriação como opção, desejo, projeto parental, do casal, sem qualquer obrigação natural. Possível um (o sexo) sem os outros (os filhos) a escolha se depura, aperfeiçoa-se e cresce em legitimidade (LEITE, 1994, p. 119).

É a partir desse diálogo que se pode dimensionar os extratos oriundos do âmbito acadêmico-científico, uma vez que a análise dos anseios sociais é recepcionada pelo vetor intelectual da sociedade e verificada, primeiramente, sob o enfoque do campo das idéias surgidas/emanadas do interior da sociedade. Assim, as idéias acerca da reprodução humana assistida formam o denominador comum que permeava os discursos de médicos e juristas no contexto abordado.

Nesta perspectiva, as categorias médicas e jurídicas se destacaram como debatedoras das idéias de medicalização da reprodução humana, os quais representavam campos detentores do poder político-legislativo nacional, ou melhor, detentores de *espécies diferentes de capital jurídico*.

Neste sentido, Pierre Bourdieu ressalta a importância da análise do mecanismo de relações e tensões existentes entre os diversos níveis científicos que compõem o “capital jurídico” que constituem o “*habitus*” de uma sociedade:

O antagonismo entre os detentores de espécies diferentes de capital jurídico, que investem interesses e visões do mundo muito diferentes no seu trabalho específico de interpretação, não exclui a complementaridade das funções e serve, de facto, de base a uma forma subtil de ‘divisão do trabalho de dominação simbólica’ na qual os adversários, objetivamente cúmplices, se servem uns aos outros. O cânone jurídico é como que um reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos

actos jurídicos singulares. É isto que explica a fraca inclinação do ‘habitus’ jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de ‘lector’, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz a obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la (BOURDIEU, 1989, p. 219).

Ainda sob o prisma da *jurisdicção* como fonte de manutenção de poder e das relações sociais, importa transcrever as palavras de Antônio Manuel Hespanha:

Tal como a prática política, a prática jurídica tem por objeto a transformação-manutenção das relações sociais. Mas seu objectivo constitui, na verdade, um específico modo de atuação sobre elas com isto de característico que é o de gerar um sentimento colectivo de legitimidade quanto à intervenção coerciva do aparelho repressivo do Estado (produção do efeito a que chamarei de ‘jurisdicção’). Por isso o direito se distingue – como foi expressamente notado por Marx e Engels – do mero uso da força, outro modo, este ‘político’, de obter a transformação-manutenção das relações sociais (HESPANHA, 1978, p. 34).

Destarte, enfatiza-se a atuação do modo “político” com que a prática intelectual do período contextualizado abordou tal objeto – a reprodução humana assistida – de maneira a atender a *transformação-manutenção das relações sociais* estabelecidas.

Porém, necessário é ressaltar, nas palavras de Pierre Bourdieu, a existência do “acúmulo de duas espécies de capital”, o que causa uma situação conflitante e contrastantes no que se refere às relações construídas pelas diferentes categorias intelectuais, em razão de estarem diante um mesmo objeto em que se chocam as diferentes abordagens e entendimentos:

Por razões práticas, o acúmulo das duas espécies de capital é, como já indiquei, extremamente difícil. E podem-se caracterizar os pesquisadores pela posição que eles ocupam nessa estrutura, isto é, pela estrutura de seu capital científico ou, mais precisamente, pelo peso relativo de seu capital “puro” e de seu capital “institucional”: tendo, num extremo, os detentores de um forte crédito específico e de um frágil peso político e, no extremo oposto, os detentores de um forte peso político e de um frágil crédito científico (em especial, os administradores científicos) (BOURDIEU, 2004, p. 38).

Assim, os “capitais científicos” que se entrelaçam entre médicos e juristas na atuação de seus poderes distintos – de um lado, o poder do conhecimento médico-científico acerca da reprodução humana, e de outro, o poder sobre a legitimação destes conhecimentos por meio da elaboração de leis -, geram uma fonte de ebulição de contrastes intelectuais, onde os protagonistas e suas vertentes de atuação se destoam pela relatividade do peso/posição em que ocupam no gradiente hierárquico político-institucional de onde emanam os substratos legislativos.

Segundo a perspectiva de Pierre Bourdieu, pode-se conferir que, de fato, os médicos, mesmo sendo possuidores de forte crédito em sua especificidade de conhecimento, muitas vezes seus conclames não são sopesados na mesma intensidade em que são elaborados. Por outro lado, o crédito científico comprometido dos juristas responsáveis pela captação da realidade social não diminuiram nem a força, nem o peso político, para formarem o capital institucional do período, que é representado pelo espírito do Código Civil de 2002.

A análise dos discursos havidos nestas categorias assume grande importância para a avaliação da identidade da sociedade contemporânea, conforme as palavras de José Antônio Peres Gediél:

A utilização dos métodos e do discurso da biologia nas Ciências Sociais e no Direito serviu e serve para dar cunho de verdade às diversas formas de poder e, atualmente, assumem novas características que nos permitem identificar a sociedade contemporânea como aquela da crise da “sociedade disciplinar”, tal como apontado Michel Foucault.

Os dispositivos de poder discursivos e não discursivos voltados à dominação e à constituição da subjetividade, que identificavam a “sociedade disciplinar”, convivem com outros dispositivos que se destinam a atingir a base biológica do sujeito, na conjuntura econômica denominada de neoliberal (FONSECA, 2006, p. 123).

Destarte, os discursos havidos e constatados no período podem permitir a identificação da sociedade que se apresenta no contexto, devendo ser articuladas as várias fragmentações expostas pelos interlocutores do diálogo entre os campos da ciência, Biologia e Direito, de modo a compreender o fenômeno pelo qual transpassaram suas atividades em prol do resultado obtido com a promulgação do Código Civil de 2002.

Para tanto, necessário é buscar a essência do pensamento ou das idéias que permeavam estes agentes, visando obter os fatores que compunham a agenda política dentre cada campo de atuação.

A primeira vista, pode-se entender que, por meio de uma análise dedutiva de fatos e fenômenos, onde o geral define o particular, tornar-se-ia possível a captação do ideário correspondente. Porém, necessário se torna uma revisão de modo diferenciado, por vezes a contrapelo, por meio de uma abordagem indutiva, onde o particular, em tese, pode definir o geral.

Assim, analisando-se pontos convergentes ao tema, mas isolados no transcorrer histórico, tanto os que antecedem o período eleito como os que se apresentam neste contexto, é possível a identificação do paradigma médico do contexto.

#### 1.4. Paradigma médico no contexto

Comumente, tem-se a reprodução humana assistida ou fecundação artificial como o processo em que o gameta masculino adentra ao gameta feminino, fecundando-o por meios não naturais e com a utilização de técnicas científicas.

Neste particular, constatam-se questionamentos sobre a propriedade em se utilizar a expressão “fecundação sem sexualidade”, sendo este um dos pontos fundantes do presente trabalho. Assim, importa descrever os ensinamentos de Giovanni Berlinger:

Práticas contraceptivas eram usadas há milênios e alguns dos meios ainda hoje comumente usados, como o preservativo masculino, originaram-se há alguns séculos atrás. Condom era um médico inglês do século XVIII que havia propagado o uso do intestino grosso de carneiro como segurança antiprocriativa e anti-infecciosa. Mas a possibilidade de exercer uma sexualidade sem reprodução, com métodos (quase) seguros e, mais recentemente, de promover a reprodução sem uma relação sexual completa entre macho e fêmea (é impróprio dizer “sem sexualidade”: espermatozóide e óvulo, gametas masculino e feminino se unem até in vitro), é aquisição das últimas décadas (BERLINGUER, 1991, p. 39). (Grifou-se)

A sexualidade, nos termos acima transcritos, além de ser resultante de um raciocínio simplista sobre sua realização, é obviamente considerada como ocorrência caracterizadora da existência de sexualidade na concepção, mesmo que concretizada por meios técnico-científicos. No entanto, não se pode aplicar o mesmo raciocínio ao “exercício” da sexualidade, sendo este o ato humano voluntário desvinculado de emprego de técnicas de laboratório, ou seja, com o contato físico direto.

Conclui-se, assim, que o exercício da sexualidade decorrente de ato humano voluntário, com o contato físico direto e sem o emprego de técnicas científicas, pode ser expressão eventualmente cabível para justificar a ausência de “sexualidade” nas procriações assistidas.

Neste enredo, as referências paradigmáticas que se revelam no contexto são evidenciadas notadamente nos discursos obtidos em tempo contemporâneo e ulterior às suas práticas materializadas. Significa dizer que as práticas médicas voltadas ao eixo-grosso da pesquisa não tinham uma ligação direta com o campo sócio-político, ou seja, os protagonistas da categoria médica não estão vinculados, naquele momento, a qualquer tipo de limitação administrativa, política ou legal referentes à continuidade de trabalhos em prol de avanços científicos relacionados à reprodução humana.

O que se constata com mais clareza são críticas dirigidas às perspectivas médicas

relacionadas às técnicas de reprodução humana assistida já desenvolvidas, bem como às suas formas de aplicação, depois de um período intenso de incessantes e sucessivas descobertas relacionadas ao tema.

Como exemplo, em artigo publicado pela revista médica Estudos Goiânia, Denise Teles Freire Campos, mencionando Jacques Testart, renomado biólogo francês, especialista em procriação humana, faz as seguintes considerações:

Testart (1990) adverte que a perspectiva medidas das técnicas de reprodução humana apresenta outros interesses além daqueles do casal ou da mulher que sofre dificuldade de ter filhos. Tal autor aponta dois pontos muito importantes nas relações entre medicina, pesquisa e casais, no contexto da demanda de um filho. Primeiro, Testart (1990) relembra que as técnicas deste campo consistem na aplicação, na espécie humana, de conhecimentos e procedimentos já utilizados em animais. Então é necessário reconhecer que o espaço de pesquisa propriamente dita é limitado, em razão da herança do campo animal, consiste na adaptação das técnicas à nossa espécie, levando em consideração as singularidades biológicas e, em determinadas circunstâncias, o devido respeito ético (CAMPOS, 2003, p. 153-164).

Outros pontos de críticas são levantados pela autora, quais sejam, o mito da medicina onipotente, de onde o senso comum obtém a idéia de inexistência de obstáculos à ciência médica e a respectiva perfeição das técnicas desenvolvidas, que acaba por gerar um espetáculo relacionado a um tema em que dois grupos se confrontam: os médicos que, entusiasmados com os avanços das técnicas científicas levam os casais a se submeterem a tais procedimentos que ainda possam estar em fase de desenvolvimento e os próprios casais, que lutam pela possibilidade dessa submissão às vezes incerta.

Vários são os exemplos de estudos direcionados ao âmbito da reprodução assistida neste contexto. Uma infinidade de artigos manteve acesas as discussões sobre limites, críticas, questões éticas e novos problemas acerca da temática.

Dentre os estudos referentes às novas tecnologias, Simone Novaes e Tânia Salem, em 1995, propõem uma interessante reflexão sobre o recurso às tecnologias reprodutivas e o *status* do embrião.

Dentre as principais expressões relatadas nestes artigos, pode-se encontrar afirmativas que reforçam as constatações de discursos que entrelaçavam as categorias médicas e jurídicas no contexto, mormente a partir dos anos 80, como exemplo, o realizado por Tânia Salem:

Assim, as indicações para a fertilização *in vitro* - que na década de 80 se restringiam a casais inférteis - vêm se ampliando consideravelmente nos últimos anos. Mas esses eventuais benefícios não aplacam aqueles que vêem nessa manipulação um atentado contra a vida e a espécie humana, nem os que nela vislumbram os horrores de um “admirável mundo novo”. Discute-

se, em suma, se esses procedimentos exploratórios são eticamente aceitáveis ou não; e, em caso de uma resposta afirmativa, pergunta-se quais são seus limites (SALEM, 1997, p. 76).

Margarete Arilha, do Centro de pesquisas das doenças materno-infantis de Campinas - Cemicamp, no ano de 1996, depois de investigar casais antes, durante e depois de recorrerem à tecnologia da fertilização *in vitro*, propõe, por meio do *Estudo Comparativo sobre as conseqüências da laqueadura na vida das mulheres: relatório técnico final.*, publicado em Janeiro de 1998, que o uso dessas tecnologias seja desestimulado e reivindicando como um direito que a infertilidade seja tratada preventivamente.

Lucila Scavone, em 1998, analisando a entrada das mulheres brasileiras no ciclo dessas tecnologias (contraceptivas e conceptivas), concluiu que o uso de uma pode gerar a necessidade de outra, no contexto da intensa medicalização.

As representações sociais sobre as práticas decorrentes de novas tecnologias reprodutivas (fertilização *in vitro* e transferência do óvulo fertilizado para uma gestante substituta) foram objeto de pesquisa (bibliográfica e de peças jornalísticas) realizada por Naara Luna, publicada pela primeira vez no ano de 2002 para interpretar os significados atribuídos à maternidade e à natureza (LUNA, 2005, p. 412).

Rosely Costa, em 2001 e 2002, comparou as representações sobre esterilidade e desejo de ter filhos manifestadas por homens e mulheres que buscavam tratamento para a esterilidade, indicando que esta “fere tanto a masculinidade quanto a feminilidade, ainda que de maneiras distintas”, comparando-a as representações de paternidade (como plano de futuro) e às de maternidade (realização de sonho) (GOMES COSTA, 2002, p. 339-356).

Nota-se que as áreas correlatas à medicina conclamam o refreamento às aplicações das técnicas desenvolvidas, tendo em vista as constantes descobertas em curtos períodos, o que poderia possibilitar realização de uma intervenção médica que, ao seu final, já poderia estar ultrapassada ou, comprometida desde o início, colocando em risco vários fatores que englobam o processo de assistência técnico-científica à procriação humana.

Importante ressaltar, neste sentido, que tais conclames não se restringiam somente às áreas acadêmicas, científicas ou círculos profissionais restritos, como se pode constatar na matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo em 20 de fevereiro de 2003, intitulado “*Médicos pedem cautela na reprodução assistida*”, de autoria de Antonio Arruda, senão vejamos:

Uma crítica grave envolve as sofisticadas técnicas de reprodução assistida,

lembrando a moda da cesárea no Brasil, o segundo país campeão em realização desse tipo de parto: há médico aplicando esses métodos a torto e a direito, os pacientes agradecem, pagam muito por isso, e a saúde da criança gerada pode sofrer conseqüências. Em resumo, profissionais da área alertam para a banalização das técnicas de fertilização in vitro e ICSI, conhecidas como de alta conexão, por parte da mídia e de uma parcela dos médicos que trabalham com reprodução humana (ARRUDA, 2003, p. 7).

Porém, as críticas em relevo referem-se à aplicação de técnicas de reprodução assistida e as eventuais conseqüências para a saúde dos usuários - os pais e, com maior ênfase, os filhos resultantes dessa técnica -, alertando para a possibilidade de aumento dos casos de infertilidade em gerações futuras. Este entendimento é expresso na mesma matéria pelo coordenador do setor integrado de reprodução humana da Unifesp, Agnaldo Cedeno, conforme se transcreve:

A infertilidade terá de mudar a sua classificação, porque ela passou a ser, ou potencialmente poder vir a ser, uma doença hereditária, por conta das técnicas de reprodução assistida, dos recursos tecnológicos de que dispomos (ARRUDA, 2003, p.8).

Analisando a amplitude da matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo - um veículo de mídia de grande repercussão nacional -, pode-se inferir que as críticas relacionadas às aplicações desenfreadas de técnicas de reprodução assistidas são das mais diversas formas e também expostas à população em geral como um “alerta” pelos próprios profissionais da categoria médica.

O que se depreende de tais informações é que a comunidade médica expressa, ao tempo em que se desenvolvem constantemente as novas técnicas de reprodução assistida, que há a necessidade de “cautela” para sua utilização. Justamente por se tratar de um tema de interesse público e com dimensões sociais plausíveis, não pode ser somente considerada como uma opção “pessoal”, como se depreende do contato inicial com a matéria veiculada. É um fato de elevada repercussão que requer, por meio da intervenção dos poderes estatais, uma regulamentação de maneira a conferir controle de sua utilização, visando atender aos anseios demonstrados pela própria comunidade médica.

O que permite esta afirmativa é o fato de estar patente a conotação eugenista na intenção do interlocutor do trecho citado anteriormente, pois nota-se uma preocupação com as “gerações futuras” oriundas desse tipo de reprodução, as quais são consideradas potencialmente suscetíveis a portarem uma “doença hereditária”, qual seja, a infertilidade.

Neste particular, se apresenta mais uma questão ética acerca da aplicação de técnicas

de reprodução assistida e de maneira preocupante: a estigmatização de uma nova linhagem de seres humanos. Assim, sendo a preocupação primaz de uma parcela da categoria médica o aumento de pessoas inférteis, os estudos de Paulo Franco Taitson e de Oswaldo Bueno Amorim Filho indicam que pouco se sabe sobre a incidência de infertilidade e a distribuição de homens e mulheres inférteis na população brasileira:

Assim, apesar de utilizar sólidas bases teóricas, metodológicas e técnicas, este projeto, de aprofundamento do conhecimento nesta área, por seu pioneirismo no Brasil, tem um caráter que é, antes de tudo, exploratório (TAITSON; AMORIM FILHO, 2002, p. 26-27).

Pode-se questionar, destarte, no seguinte sentido: a aplicação dessas técnicas poderia ser regulamentada no sentido de evitar (proibir) que os seres humanos oriundos de sua aplicação não possam ser portadores de infertilidade? Por outro lado, é possível permitir, via legislativa, que tais aplicações possam ser utilizadas livremente, mesmo com este “risco” alertado pelos médicos, nos quais os seres humanos possam ter vida mesmo com a possibilidade de nascerem com a mesma característica hereditária - a infertilidade - de seus ancestrais diretos? Tais questões se refugiam no âmbito ético, alcançando dimensões que excedem a simples aplicação de regras quantitativas e qualitativas quando direcionada à vida de seres humanos.

São decorrentes de tais questionamentos várias concepções paralelas, como exemplos, as que envolvem os gêneros aliados à reprodução. A busca pela fertilidade passa a representar a tônica usual entre os particulares, sem necessariamente representar uma alteração na ordem dos fatos antes considerados comuns.

Neste sentido, Rosely Gomes Costa, em pesquisa direcionada às discussões entre reprodução e gênero, e ainda, sobre paternidade e maternidade a partir da análise das representações masculinas da paternidade sob a perspectiva da reprodução assistida, questiona se “seria a paternidade concebida pelos homens como fundamental para a masculinidade”. Acrescenta a indagação se “seria um desejo e um evento naturais em suas vidas.” Em resposta a tais questionamentos, a autora afirma:

A análise das entrevistas apontou mediações em relação à primeira questão. A paternidade mostrou-se concebida como fundamental para uma determinada masculinidade, a dos casados, uma vez que a dos solteiros pode fundamentar-se na sua falta de responsabilidades, liberdade sexual e acesso a várias mulheres. Assim, o casamento (heterossexual e monogâmico) recria a noção de masculinidade ao incorporar a paternidade, com suas conseqüentes responsabilidades.

(...)

Assim, as tecnologias reprodutivas abrem mais possibilidades para as atribuições de maternidade e paternidade, mas sem que estas deixem de ser consideradas, como argumenta Strathern em relação ao parentesco, um fato da sociedade enraizado em fatos da natureza (GOMES COSTA, Rosely, 2002, p. 339-356).

Destarte, deduz-se que a influência social das técnicas de reprodução assistida possui representação sociais com amplitude significativa, de tal forma que se têm como conseqüências as novas perspectivas de gênero, estas recriadas a partir do advento daquela e que repercutem direta e indiretamente em vários âmbitos do coletivo e do particular, sendo, por esta razão, matéria de grande relevância e amplamente debatida pela categoria médica.

Seguindo-se as referências contextuais sobre as idéias emanadas da categoria médica sobre reprodução assistida em seus diversos segmentos, percebe-se que a dimensão dos problemas decorrentes dos avanços científicos de maneira desordenada/desenfreada são pontos críticos nos quais se pautam vários expoentes e protagonistas, os quais, visando relatar os pontos em que há necessidade de maior aprofundamento e reflexões em questões éticas, sociais e que, conseqüentemente, requerem, de maneira explícita, a intervenção de instituições reguladoras do social para moldar os contornos seguros para a prática e aplicação de tais avanços.

As implicações éticas e sociais passam a ser evidenciadas a partir do discurso destes agentes, os quais demonstram preocupação com fatores que estão diretamente ligados aos elementos que constituem os contornos da sociedade e do Estado, como exemplo, no que se refere à família como instituição nuclear, tema este a ser desenvolvido em outro ponto deste trabalho.

### **1.5. Trajetória histórica dos avanços médicos-científicos e reprodução assistida**

A importância de se relatar em ordem cronológica os principais avanços médicos-científicos, traz à pesquisa um panorama geral dos fatos que construíram o histórico relacionado à reprodução humana assistida. Por outro lado, revela que tais avanços não se deram de forma abrupta ou sem precedentes na história da ciência: formam um conjunto de tendências que foram sedimentadas no campo médico com o transcorrer histórico, sem que represente um tema inovador ou pouco explorado pelas demais ciências que se ocupam de sua existência.

Neste compasso, pode-se afirmar que as primeiras intervenções científicas e experiências com reprodução humana tiveram seu início no período moderno. Os principais fatos ocorridos no campo das ciências biológicas, médicas e afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico de mudanças significativas ocorridas a partir da revolução científica ocorrida do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX.

No século XIX, as ciências biológicas se constituem como ciências modernas, seguindo-se a orientação do paradigma da experimentação e comprovação sobre o objeto analisado. Neste particular, as principais referências deste processo fenomênico, constatadas na história da ciência, demonstram que as possibilidades de produção do conhecimento e sua relação com o universo cultural mais geral que o contém segundo as diferentes fases históricas, ou seja, segundo a maneira como os seres humanos interpretam o mundo e sua relação com a natureza, e o sentido e o uso que dão ao conhecimento que produzem, passam a ser a tônica usual em busca do aprofundamento científico sobre diversos desdobramentos relacionados como um todo.

Direcionando-se ao campo biológico e notadamente o que se relaciona diretamente com o ser humano, a criação de instrumentos adequados, visando aproximar a observação do corpo, suas formas, suas particularidades até então imperceptíveis (como exemplo, o microscópio, no século XVII), até chegar ao conhecimento de matérias então consideradas invisíveis e, assim, impossíveis de serem avaliadas, quais sejam, os ácidos (ex. nucléicos, desoxirribonucléico) representa um passo significativo para o avanço sobre o conhecimento acerca das particularidades biológicas do ser humano.

Neste compasso, pode-se afirmar que a trajetória percorrida pela ciência até alcançar o sucesso com fertilização *in vitro* foi extremamente longa, sendo então conseqüente que a procriação humana, neste momento, transforma-se historicamente em objeto científico e tecnológico, estabelecendo entendimentos que demonstram a pretensão de estender e até mesmo substituir as funções humanas primárias no que se refere à reprodução humana.

Ao longo dos séculos XVIII e XIX são registradas várias experiências de inseminação artificial que, comparando-se aos padrões do século XXI, parecem rudimentares. No entanto, as experiências de fertilização extracorpórea, ou seja, a transferência de embriões entre animais, e as inseminações artificiais em humanos, datam do século XIX. Apesar das diversas experiências existentes e divulgadas mundialmente neste período, somente em 1906, na Faculdade de Paris, a participação dos dois sexos na reprodução teve sua comprovação

reconhecida perante o conhecimento científico ocidental moderno.

Por volta de 1770, o abade e biólogo italiano Lazzaro Spallanzani, considerado um dos precursores da fisiologia moderna, descobriu que o contato entre o fluido seminal e o óvulo seria o requisito básico da fecundação em mamíferos. É neste mesmo contexto que Geoffroy Saint-Hilaire realiza experiências com pintainhos disformes manualmente, como exemplificação do processo de experimentação do período.

Em 1791, o médico inglês John Hunter documentou ter realizado tal experiência entre marido e mulher, e somente em 1799 foi relatada a primeira gravidez resultante desta técnica.

No âmbito da reprodução humana, as experiências que caracterizam a inseminação artificial (injetar espermatozoides na vagina ou no útero) também possuem longa trajetória. Por exemplo, o estudo da célula e o desenvolvimento da genética como ciência alcançaram maior destaque e repercussão na primeira metade do século XX, momento em que as inovações técnicas dos cientistas embriologistas eram sucessivas.

A este exemplo, em 1949 desenvolveu-se a técnica de congelamento de sêmen com a utilização de glicerol, o que representou um grande avanço relacionado à inseminação artificial.

Na segunda metade do século XX, a genética se apresenta em destaque entre as pesquisas de cunho biológico, notadamente em razão do aprofundamento dos estudos sobre os cromossomos e sobre o núcleo celular em que é encontrado o material responsável pela hereditariedade, o que levou à descoberta científica da função dos ácidos nucleicos.

No ano de 1952, Martha Case e Alfred Hershey comprovam, por meio de técnicas científicas, que o DNA é a substância que identifica o material hereditário. Logo após, em 1953, é descoberta a estrutura molecular física do DNA, chamada de dupla hélice, onde participaram da descoberta o biólogo norte-americano James Dewey Watson, os físicos ingleses Francis Harry Compton Crick e Maurice Huggan Frederick Wilkins, e a cristalógrafa Rosalind Franklin. Importante destacar que a descoberta científica do código genético foi comparada à fissão do átomo, desencadeando grande interesse pela experimentação laboratorial, dando início a um processo complexo de correlação entre reprodução e genética humana.

Em 1953, foi realizada nos Estados Unidos a primeira fecundação por inseminação artificial com espermatozoides congelados. É neste período que a fertilização *in vitro* - união do óvulo e do espermatozoide fora do corpo - e a transferência de embriões em animais, começam a ser

desenvolvidas, dando origem à técnica básica dos bebês de proveta.

Em 1956, ocorreram os primeiros êxitos na fertilização por meio da união do óvulo e do espermatozóide em laboratório, ou seja, fora do útero.

Em 1961, pesquisadores italianos mantiveram vivo por 29 dias um embrião fecundado artificialmente numa proveta, o que também representou um grande avanço nas pesquisas relatadas.

Em 1970, as primeiras experiências sobre fertilização *in vitro* são divulgadas. No entanto, as tentativas em humanos são do início da década de 1970, sendo interessante ressaltar que todas elas foram realizadas sem a permissão dos organismos governamentais responsáveis pela autorização de pesquisas em seres humanos, assim como em desrespeito às normas éticas vigentes, em âmbito mundial, sobre a experimentação em humanos.

Em 05 de julho de 1978, na Inglaterra, após mais dez anos de experimentos em embriões, foi feita a primeira fecundação *in vitro*, cuja gestação foi bem sucedida, sendo Luise Brown reconhecida como o primeiro bebê de proveta do mundo. O governo inglês, em 1981, instituiu o *Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology*, que estudou o assunto por três anos. Os resultados dos estudos foram publicados em 1984, no Warnock Report (GOLDIM, 2003).

Também em 1984, na Austrália, nasceu o primeiro bebê desenvolvido por meio de um embrião descongelado (criopreservado), conhecido por “Baby Zoe”, o qual havia sido preservado durante 4 meses.

Neste mesmo ano, nasce o primeiro bebê de proveta no Brasil, em 07 de outubro de 1984, como resultado da vigésima terceira tentativa de realização de fertilização *in vitro*, que se realizou em São Paulo. Em abril de 1986 nasceu na Europa o primeiro bebê a partir de um óvulo descongelado. Importante frisar que até hoje, especialistas consideram que a técnica é arriscada e não oferece segurança no uso. Também em 1986, nasce o primeiro bebê com sexo predeterminado (FREIRE, 1994, p. 6-4).

Na década de 90, novas técnicas complementares da reprodução humana assistida e outras provenientes do campo das tecnologias genéticas, decorrem do processo de desenvolvimento científico e tecnológico e acrescentam-se de modo inestimável aos procedimentos médicos especializados neste campo.

Em 1990, ocorre a primeira aplicação de terapia gênica em seres humanos e a paciente foi uma criança de quatro anos portadora da “doença da bolha de plástico”, uma espécie de

imunodeficiência grave e até então incurável. No ano de 1991 tornou-se possível a indução da ruptura da membrana externa do embrião com a utilização de uma solução ácida, para a sua implantação no útero, técnica esta que em 1995 passou a ser realizada também com raio laser. Em 1992, são divulgados os primeiros testes de doenças genéticas em embriões de poucos dias de vida.

Em 1993, multiplicam-se os casos de gravidez artificial em mulheres pós-menopausa. Cientistas ingleses pretendem usar células de fetos mortos para fertilização artificial. Neste mesmo ano, Os cientistas Jerry Hall e Robert Stillman obtêm os primeiros clones de embriões humanos por meio de cópias embrionárias, constatando-se a possibilidade de obtenção de gêmeos idênticos com a utilização desta técnica.

No ano de 1996, por meio de técnica considerada experimental, tornou-se possível a análise genética do embrião visando detectar anomalias, técnica esta denominada biópsia genética, identificando doenças e má formação genéticas como síndrome de Down, hemofilia, dentre outras, o que possibilitou a seleção de embriões saudáveis.

Em 1997, cientistas americanos anunciaram a gravidez obtida a partir de óvulos que foram congelados antes da fertilização (PASTORE; FRANÇA, 1997. p. 68). Também neste ano, outra técnica experimental - os transplantes celulares - permite que mulheres mais velhas ou com problemas de ovulação tenham seus óvulos “melhorados” para a realização da fertilização com a substituição do material celular dos seus óvulos.

Por fim, em 1998, experimentalmente são retirados fragmentos e células que possam prejudicar o desenvolvimento do embrião – técnica experimental denominada “limpeza de embriões”.

Observando esta sucessão de fatos e sua cronologia, há que se destacar a celeridade dos avanços da biotecnologia moderna na década de setenta, quando as práticas científicas passam a utilizar termos inovadores como engenharia genética, plantas geneticamente modificadas, clonagem, bebe de proveta, etc.

Por exemplo, o primeiro bebe de proveta, termo popular para fertilização *in vitro* é de 1978. É também na década de setenta que se organiza o campo da Bioética, apresentando estreita inter-relação com os avanços biotecnológicos.

Em suma, é a partir da década de setenta que se observam as inovações que causam maior preocupação com políticas e regulamentações nacionais destinadas a controlar as chamadas novas tecnologias, regulamentações que se demonstram influenciadas por

declarações e códigos internacionais, e, em outro plano, por interesses estratégicos.

Todos os fatos ocorridos após este período demonstram maiores dimensionamentos e alcances no âmbito social, de maneira a indagar-se: é possível que tais fatos não tenham sido levados a conhecimento dos legisladores que se atinham a elaborar a nova legislação civil?

## **CAPÍTULO II: As idéias jurídicas sobre a “regularização” da reprodução humana assistida**

### **2.1. A política legislativa no contexto de elaboração do Código Civil de 2002**

Ao se abordar a política legislativa do contexto, requer-se, de antemão, esclarecer que o objetivo principal do trabalho não abrange o plano das intencionalidades dos agentes protagonistas ligados ao objeto. Entende-se que a tentativa de responder a questionamentos que alcancem o aspecto subjetivo dos agentes históricos se correrá o risco de recairmos em especulações, deduções ou ilações sem o respectivo embasamento. Analisar vontades e intenções individuais poderia também caracterizar a aplicação de uma metodologia positivista, o que foge aos objetivos do trabalho.

Neste sentido, visa-se apreender os valores coletivos, bem como a relação entre senso comum e o Direito de uma maneira geral, para que se focalize a relação existente entre os discursos havidos entre as categorias políticas relacionadas ao tema central. De modo a realçar a importância da compreensão do senso comum na relação/participação no Direito, importante são as palavras de Boaventura de Souza Santos:

O senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na acção e no princípio da criatividade e da responsabilidade individuais. O senso comum é prático e dogmático; reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma fiável e securizante. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objectivos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência linguística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a profundidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas. O senso comum é indisciplinar e imetódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. O senso comum aceita o que existe tal como existe; privilegia a acção que não produza rupturas significativas no real. Por último, o senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade (SANTOS, 2002, p. 56).

Neste sentido, o que se denota da análise do período, com mais evidência, são as transformações sociais que deram ensejo às novas formas de avaliar, regulamentar e proteger a família como instituto basilar da sociedade brasileira. Vista como um momento de ebulição de novas perspectivas mundiais, a década de 70 representa um recorte histórico importante em vários campos no âmbito nacional, notadamente os campos científicos e sociais.

Destarte, analisar os discursos dos protagonistas que circundam o tema central do trabalho é medida que se impõe. É sob esta perspectiva que o reexame e redefinição crítica de adequação do ordenamento jurídico são abordagens que se apresentam relevantes, na medida em que uma análise comparativa entre a realidade social existente, a constatação de normas vigentes que se apliquem a hipóteses verificáveis no plano real, e a idealização de regulamentação legal que se apresentem condizentes às lacunas existentes no tocante a reprodução humana assistida são pontos obscuros, e que necessitam de tratamento verticalizado, pois representam um futuro a ser descortinado em breve tempo.

No entanto, é salutar frisar que o âmbito jurídico e suas emanções não são, de qualquer maneira, investigadas de maneira independente em relação às demais ciências que a circundam. Para tanto, o universo a ser analisado - o jurídico -, coloca-se na perspectiva teórica de “campo”, propugnada por Pierre Bourdieu, o qual subsídios esclarecedores para a assimilação da idéia de “campo” no âmbito das ciências, conforme se constata:

... é preciso escapar à alternativa da “ciência pura”, totalmente livre de qualquer necessidade social, e da “ciência escrava”, sujeita a todas as demandas político-econômicas. O campo científico é um mundo social e, como tal, faz imposições, solicitações, que são, no entanto, relativamente independentes das pressões do mundo social global que o envolve. De fato, as pressões externas, sejam de que natureza forem, só se exercem por intermédio do campo, são mediatizadas pela lógica do campo. Uma das manifestações mais visíveis da autonomia do campo é sua capacidade de refratar, retraduzindo sob uma forma específica as pressões ou as demandas externas. Como um fenômeno externo, uma catástrofe, uma calamidade (uma peste negra da qual se procuram os efeitos da pintura), a doença da vaca-louca – que sei eu? - vai se retraduzir num campo dado?  
(...)

Todo campo, o campo científico por exemplo, é um campo de forças e um campo de lutas para conservar ou transformar esse campo de forças. Pode-se, num primeiro momento, descrever um espaço científico ou um espaço religioso como um mundo físico, comportando as relações de força, as relações de dominação (BOURDIEU, 2004, p. 22-23).

Assim, a análise dos discursos produzidos pelos principais agentes históricos, sejam eles extraídos de documentos materializados no ordenamento jurídico, seja por meio de evidências assimiladas no transcorrer dos fatos e que se entrelaçam no processo histórico, é de invariável importância para a mensuração do grau de participação de determinada categoria na tomada de decisões sobre o poder. Na hipótese em análise, os discursos emergidos pela categoria jurídica, sob todas as formas, são pontos de intersecções entre fatores que relativizam a independência das diversas categorias que compõem o núcleo principal de onde emana o poder do Estado, como no caso, o Direito.

Nesta perspectiva, segundo Pierre Bourdieu:

Para romper com a ideologia da independência do Direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é precisa levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internacionalista e externa lista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

(...)

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito que do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas (BOURDIEU, 1989, p. 211-212).

Relativizando-se o campo jurídico em relação às demais ciências que formam suas estruturas basilares perante o social, nota-se que, com efeito, o discurso jurídico no contexto analisado se forma por meio de “soluções” apropriadas para um determinado período e que, ao final, destoa da realidade a qual está submetido, ou seja, as soluções apresentadas num determinado contexto são adotadas até seu final, momento este que se apresenta com uma realidade distinta daquela do seu início.

A inexistência ou ineficácia de regulamentação acerca da reprodução humana assistida, por equívoco ou negligência na atuação do campo jurídico, podem representar um “descontrole” sobre o social - não como antes, onde os poderes institucionalizados temiam as possíveis conseqüências acerca do exercício da sexualidade - mas, sobre a própria procriação humana, pois, se por um lado há o fim de uma tradição ligada ao ser humano desde os primórdios de sua existência, por outro existe a sua causa, qual seja, as novas formas de reprodução humana que trazem conseqüências ainda não apresentadas no plano da realidade. Neste sentido, Alberto Silva Franco assim se manifestou:

O Direito não pode, portanto, colocar-se de viés em relação à problemática

da reprodução humana e da engenharia genética e aguardar, por longo tempo, que as questões delas decorrentes assumam proporções que estimulem sua atuação. Nos países da Europa Ocidental, em particular na Inglaterra, na França e na Itália, assim como nos Estados Unidos e na Austrália, somam-se a centenas de milhares os casos de inseminação artificial heteróloga; apresenta-se, com sucesso, um número avultado de fecundação *in vitro*, efetuam-se sub-rogações de úteros; desenvolvem-se técnicas aprimoradas no campo da engenharia genética. Diante desse quadro, fica claro que as pesquisas sobre a reprodução humana e a respeito da engenharia genética demandam a imediata intervenção do Direito para uma tomada de posição sobre questões de alta indagação (FRANCO, 2003).

As conseqüências dessa alteração de concepção implicam diretamente na forma de avaliação, constituição e configuração do núcleo primeiro da sociedade, a família, a qual é também, por sua vez, o elemento social fundamental a ser considerado no que diz respeito a regramento legislativo aplicável. Quanto à realidade social existente mencionada, deve-se reportar às formas de procriação humana assistida já disponibilizadas, que implicam diretamente em vários fatores jurídicos, notadamente no âmbito do Direito de Família e no Direito das Sucessões e que oferecem questionamentos acerca de situações potenciais ou reais.

Vale ressaltar que a evolução da ciência relacionada à reprodução humana tem causado consideráveis interferências no âmbito do Direito, contribuindo eficazmente para sua conformação aos novos desafios apresentados.<sup>1</sup> No que se refere à constatação de normas vigentes que se apliquem a hipóteses verificáveis no plano real, tem-se como referência os artigos do Código Civil de 2002, notadamente aqueles relacionados à filiação - local onde, estruturalmente, devem-se conter os assuntos relacionados ao tema procriação e reprodução humana assistida -, bem como as leis específicas e resoluções administrativas prolatadas no

---

<sup>1</sup> Como exemplo atual de casos constatáveis que vislumbram potencialidades existentes, haja vista que o ocorrido se deu nos Estados Unidos da América, tem-se o caso da menina Jaycee, a qual ficou conhecida como “órfã de ninguém”. Sua gestação se deu por meio de mãe de aluguel, a qual utilizou óvulos e sêmen de doadores, não sabendo a identidade de seus pais genéticos. Os pais adotivos (aqueles que a encomendaram) divorciaram-se um mês antes do seu nascimento. O pai requerente da adoção passou a não aceitá-la como filha sob a justificativa de discordar do processo utilizado para sua concepção, rejeitando seu reconhecimento legal. Considere-se que o casal já havia se submetido a diversos tratamentos para poder gerar filhos próprios, sem obter êxito, durante seis anos. Assim, como a criança não possuía nenhum vínculo genético com o casal ou com a mãe de aluguel, e seus pais biológicos eram apenas os doadores anônimos, não pôde, naquele momento, se inscrever na cadeia parental simbólica nem real. Na ocasião, o tribunal do Estado da Califórnia declarou-a como “criança sem pais”. Depois de quatro anos de existência da ação judicial movida pela mãe que a “encomendou”, a Suprema Corte dos EUA decidiu obrigar o marido a assumir legalmente o papel de pai, fazendo-se sua inscrição na cadeia geracional. Este caso propagado pela mídia nos deixa perplexa quando pensamos que as funções simbólicas são fundamentais para que possamos compreender as demandas de filiação de cada indivíduo, que estão inevitavelmente relacionadas com sua história subjetiva. Essas questões ficam mais evidentes quando percorremos a trilha da clínica psicanalítica.

Fonte: <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio10v1/Artjornalmed.doc>

período, os quais serão analisados em momento específico.

Porém, o juiz aposentado Alberto Silva Franco traz, em linhas gerais, as premissas do Direito enquanto ciência do social, e sua finalidade precípua frente ao tema:

A tarefa do Direito em face das novas tecnologias, em tema de reprodução assistida e de engenharia genética, exige, por parte do legislador e do intérprete, uma consciência nítida do papel a ser exercido e uma avaliação segura das atividades postas em prática e das conseqüências profundas delas advindas. Nem omissões, nem precipitações são admissíveis. A seriedade no tratamento dessas matérias é imprescindível. É preciso analisar o presente de modo racional, sem perder de vista o que já se programa para o futuro (FRANCO, 2003).

Destarte, a regulamentação legal que se apresentem condizentes às lacunas existentes no tocante a medicalização da reprodução humana, conseqüentemente, é uma necessidade que a própria sociedade impõe aos legisladores. Tal necessidade, segundo Alberto Silva Franco, requer: consciência nítida do papel a ser exercido, avaliação segura das atividades postas em prática, avaliação das conseqüências profundas delas advindas, seriedade no tratamento dessas matérias, emprego da racionalidade na análise da realidade hodierna e do que se projeta para o futuro.

Todos esses itens convergem a um mesmo ponto a ser considerado como o âmago do papel do Direito na sociedade: “responder” ao social seus conclames, anseios e necessidades, ponto este que se passa a analisar.

Porém, ao final, pretende-se avaliar se as proposições acima delineadas foram utilizadas ao tempo de elaboração da legislação pertinente.

## **2.2. A receptividade dos anseios sociais**

No que se refere ao atendimento aos anseios sociais existentes no contexto, tema este que representa um dos pontos fundantes do trabalho, há que se ressaltarem as características principais dos campos analisados, iniciando-se pela *praxis* política do ato de “legislar” no contexto abordado.

Neste viés, o poder jurídico institucionalizado – aquele que cria, edita e revoga normas para a manutenção do Estado de Direito – possuem as configurações que remontam à idéia de prevalência da postura conservadora frente a quaisquer inovações sociais ou científicas.

Assim, tratando-se de poderes concedidos às autoridades legislativas do período em foco, importante é analisar o “peso” desse poder, segundo a perspectiva de Abraham Kaplan e Harold Lasswell:

... o peso do poder é o grau de participação na tomada de decisões. (...) A participação no processo decisório, como critério para definir o poder, é em si manifestação dessa idéia do poder de indivíduos e grupos, (...) salvo para ficar bem a atenção direcionada ao poder institucionalizado (KAPLAN; LASSWELL, 1979, p.138).

Verifica-se, destarte, que o “peso” do poder detido pela categoria jurídica é, sem dúvida, fator determinante para engendrar posturas nas quais investem em novos caminhos, os quais buscam colher no seio da sociedade as reais perspectivas a serem empregadas no momento regulação do corpo social, ou, estagnarem-se perante acontecimentos científicos inovadores que ressoam sobre o campo sócio-político nacional.

A afirmação deste poder resulta do exercício do mesmo, ao tempo em que a participação no processo decisório do que “é” e “não é” suscetível de ser considerado legítimo para sua inclusão no ordenamento jurídico, passa a ser, então, o critério principal para a definição deste poder, e, conseqüentemente, a real manifestação da idéia do poder deste grupo e sua relação com o poder institucionalizado.

Pode-se entender, assim, o poder jurídico como poder institucionalizado, onde indivíduos e grupos que participam do processo decisório detêm também os meios de definição dos critérios para a manifestação deste poder, podendo, assim, controlar cada contingência de modo a planificar sua atuação sem comprometer o manutenção sobre o controle deste “campo”, o que, por fim, pode caracterizar, em outras palavras, uma postura pautada no conservadorismo.

Tratando sobre o tema, Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão e João Pedroso são elucidativos ao analisarem a atuação dos Tribunais nas sociedades contemporâneas, permitindo assim eleger o termo “Tribunal” como o órgão representante da estrutura legislativa do país, na medida em que formam os mecanismos de aplicação e efetivação das normas vigentes. Segundo os autores acima referidos:

(...) em quase todas as situações do passado os tribunais se destacam pelo conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996).

Assim, arraigada é a idéia de manterem-se as bases e princípios já legitimadas e prevaletentes na sociedade enquanto nenhum fenômeno social de grande relevância ocorra. Para sua ocorrência, somente na hipótese de necessidade de respostas emergenciais a acontecimentos políticos excepcionais, ou em transformações de ordem sócio-políticas

profundas e aceleradas.

Neste particular, interessante descrever a alínea “o” das Diretrizes Fundamentais para a elaboração do Código Civil, publicada em 10 de junho de 1975 pelo então presidente da República Ernesto Geisel, no qual se propuseram os elaboradores, entre outros deveres:

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses, objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

Nota-se que a partir das diretrizes fundamentais para elaboração do Código Civil, o comando político – teoricamente - foi no sentido de alcançar os anseios sociais por meio de consultas a entidades públicas e privadas e às representações de várias áreas e interesses, visando aliar aos regramentos e técnicas de elaboração de normas (entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais “nacionais e estrangeiros”) de modo a refletir tais anseios colhidos na experiência social brasileira.

Porém, alguns detalhes importam serem analisados detidamente. Neste sentido, questiona-se: o que poderia caracterizar um anseio “legítimo” da experiência social brasileira? Analisando-se a palavra “legítimo”, é possível entender várias formas de interpretação para a finalidade em que foi empregada.

O adjetivo legítimo pode ser entendido como algo que está “em conformidade com a lei”, ou seja, o que é legal nos termos da lei vigente; o que está fundado no direito, na razão ou na justiça; que tem origem na lei, ou que está protegido por ela; o que é autêntico, genuíno, lúdimo; o que é lógico, procedente, concludente.

A partir destas definições, o que se pode inferir é que somente os anseios que estivessem em conformidade com a lei é que seriam plausíveis de reconhecimento e legitimação perante os órgãos emanadores do Poder Público, e, seguindo-se este raciocínio, é possível afirmar a existência de coerência neste aspecto, pois não se pode reconhecer como legal algo que viole uma lei vigente; anseios fundados no direito, na razão ou na justiça seria exatamente o momento de aplicação do elemento subjetivo do legislador, ou seja, aquele em que o legislador elege o que é e o que não é legítimo, mesmo que exista constatação expressa de anseios sociais sobre determinado tema.

Em suma, decorre que o fato de não terem sido eleitos como “legítimos” os anseios existentes no tocante às inovações e novos contornos científicos relacionados à procriação

humana, não pode significar que estes não tenham sido relevados para o processo de criação e manutenção do ordenamento jurídico em desenvolvimento.

Quando sopesados em relação ao que se tinha por ideal e real no contexto, e colocados à prova em um processo de identificação da necessidade de fazer constar sua regulamentação no documento legislativo, o legislador não dotou este tema como legítimo por razões diversas, e que ultrapassam as reais possibilidades de constatação das razões havidas para tal exclusão, pois tal façanha demandaria adentrar no plano das intencionalidades dos agentes protagonistas deste processo de formação legislativa, e, como mencionado alhures, não cabe a este trabalho recorrer a este mecanismo.

Porém, não legitimar um anseio o qual é patentemente veiculado por um campo científico, e ainda, notadamente exposto em todos os meios de comunicação, de forma a levar a conhecimento público os constantes avanços da ciência aplicável a tal anseio faz com que se deduza uma estratégia política de refreamento inverso, onde o que está evidente e dedutível faz-se parecer obscuro e contraditório, de modo a justificar uma postura conservadora e, por vezes, retrógrada. Neste particular, oportuno é transcrever o entendimento de Alberto Silva Franco:

Como bem acentuou Habermas, da medida em que a ciência e técnica penetram nos âmbitos institucionais, começam a desmoronar-se velhas legitimações. Um aparelhamento institucional e legal de ótica conservadora e de modos de pensar e sentir ancorados no passado são incapazes de propiciar a adaptação do Direito ao estado atual das coisas. Essa defasagem engendra posições dissonantes entre o Direito e a sociedade, quando não um vazio legal. Num mundo que se move entre normas, que se cimentou numa ordem normativa de comportamentos sociais e cívicos, ressentem-se quando novas condutas se desenvolvem a sua margem (FRANCO, 2003).

Neste sentido, em pesquisa verticalizada sobre a evolução histórica do Direito no Brasil, Antônio Carlos Wolkmer expressa o panorama da evolução do Direito Público nacional, em palavras que merecem serem transcritas:

A conclusão que se pode extrair da evolução do Direito Público, caracterizado, nessa reflexão, basicamente pelas principais constituições do Brasil, é que ele foi marcado ideologicamente por uma doutrina de nítido perfil liberal-conservador, calcada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a conciliação e o reformismo. O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentada, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais.

(...)

Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de “liberalismo burguês” fez com que inexistisse - na evolução das instituições do país - a consolidação e constância de um constitucionalismo de base popular-burguês, pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias. Como já se assinalou em outro contexto, o constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da “conciliação-compromisso” entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador (WOLKMER, 2000, p. 116).

No entanto, o que se pode deduzir a partir do raciocínio acima delineado é que, durante o processo de legitimação de anseios, no qual se pauta na subjetividade do agente, da mesma forma que um anseio não é legitimado por razões diversas, outros podem ser eleitos da mesma forma, ou seja, existem anseios que poderiam ser legitimados, bastando existirem inclinações pessoais do legislador para que a matéria seja discutida ou proposta entre seus pares, e, conseqüentemente, a fundamentação seja realizada acerca do tema em tela, independente de seu resultado. Isto não ocorreu quando da elaboração do Código Civil de 2002.

Porém, dada a racionalização do conteúdo ideológico impregnado na conduta destes agentes, visualiza-se que a prática utilizada tem por objeto atender à “justificativa de não atender”, e não a “justificativa por ter atendido. Significa dizer que os direcionamentos tomados por estes agentes no sentido de abordar temas inovadores, encontram-se obstaculizados pela não incursão no universo de conhecimento a ser explorado para a realização da regulação de pontos que intentam contra o social. As atenções, neste momento, são voltadas para as justificativas de uma postura omissa, a qual não tem como intenção submergir-se no conhecimento técnico acerca do tema para que se possa tomar conhecimento real das principais conseqüências práticas relacionadas.

Como base nestas assertivas, tem-se que, havendo pontos que ainda não se consolidaram na prática social, estes não seria passível de recepção no ordenamento jurídico, como se poderá constatar a seguir.

### **2.3. A comissão elaboradora instituída para a formulação do Código Civil de 2002**

A Comissão Elaboradora do Código Civil fora instituída em 23 de Maio de 1969, tendo com supervisor o jurista Miguel Reale, tendo o também jurista Moreira Alves realizado a função acumulada de Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, e responsável pela

elaboração da Parte Geral do Código Civil. Agostinho Alvim foi nomeado para elaborar o texto referente ao Direito das Obrigações; Sílvio Marcondes, o elaborador da parte inovadora denominada Direito de Empresa; Erbert Chamoun o encarregado da parte sobre Direito das Coisas; Clóvis do Couto e Silva se dedicou ao desenvolvimento da legislação sobre Direito de Família e Torquato Castro sobre Direito das Sucessões.

A primeira “versão” do Anteprojeto do Código Civil elaborado por esta comissão foi apresentada ao Ministro da Justiça Alfredo Buzaid em 9 de novembro de 1970, e foi publicado no Diário Oficial da União em 7 de agosto de 1972 e 18 de junho de 1974 (quase seis anos depois de instituída a comissão), o qual foi submetido à análise do então Ministro da Justiça Armando Falcão.

Por fim, o conteúdo definitivo do Anteprojeto foi apresentado ao Poder Legislativo em 16 de janeiro de 1975, após a revisão de todo seu conteúdo. Segundo seu supervisor Miguel Reale, dado o caráter de experimental do trabalho legislativo em realização, o texto foi revisto e republicado em junho de 1974 visando novas manifestações sócio-culturais de vários diversos segmentos no País.

Como consequência, vários livros, artigos em revistas especializadas e jornais foram publicados, bem como a realização de ciclos de conferências e seminários, em todo País, dos quais participaram os membros da Comissão. Tais fatos renderam mais de 300 emendas de conteúdo e de forma, para que se desse por concluído o Anteprojeto do Código Civil.

No entanto, por mais de 25 anos o anteprojeto referido tramitou perante o Poder Legislativo, tendo recebido projetos de emendas, primeiramente, na Câmara dos Deputados, e posteriormente, no Senado Federal, com retorno final a Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados foram apresentadas 1.056 emendas, sendo que nem todas foram aprovadas. Após a apresentação dos Relatórios Parciais pelos deputados então nomeados para esta empreitada, o deputado Ernani Satyro foi o responsável pela elaboração do Relatório Geral que recomendou sua aprovação pela Câmara.

Em 1984, no Senado Federal, foram apresentadas mais 366 emendas, merecendo referência especial as de autoria do senador Nelson Carneiro, as quais serviriam de base para as profundas alterações introduzidas pela Assembléia Nacional Constituinte na matéria de Direito de Família, em 1988.

Concomitantemente, nesta Assembléia do Senado Federal se determinou a suspensão da tramitação do Projeto de Código Civil, tendo em vista a perspectiva de relevantes mudanças

no ordenamento jurídico nacional, tendo em vista o prenúncio das modificações políticas que o Brasil estava atravessando.

Retomados os trabalhos legislativos, foi nomeado novo Relator Geral o senador Josaphat Marinho, que, ao apresentar o Parecer Final, logrou a aprovação do Projeto na Câmara Alta. Retornou, então, o Projeto à Câmara dos Deputados, à vista das modificações nele introduzidas pelo Senado Federal.

A apreciação final da matéria, em virtude da Resolução nº 1 do ano 2.000, a qual reformou o Regimento Comum do Congresso Nacional, foi feita pelas Comissões de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Somente depois destes fatos é que o Projeto foi submetido à sanção do presidente Fernando Henrique Cardoso, que o sancionou, promulgando a Lei de 10 de janeiro de 2.002, que entrou em vigor em 11 de janeiro do mesmo ano.

Analisando o transcorrer dos fatos que compuseram a história da criação e elaboração do Código Civil de 2002, interessa remeter ao início dos trabalhos com o intuito de adentrar nos principais discursos extraídos neste âmbito.

Miguel Reale, ao apresentar o Anteprojeto, em documento dirigido ao Ministro da Justiça com título “Exposição de Motivos”, afirma que a referida comissão:

...desenvolveram os estudos com base em reiteradas pesquisas próprias, mas também graças às preciosas sugestões e críticas que nos chegaram de todos os quadrantes do País, a obra ora apresentada transcende a pessoa de seus autores, o que me permite apreciá-la com a indispensável objetividade.

(...)

Preferimos, os integrantes da Comissão, agir em sintonia com a comunidade brasileira, corrigindo e completando os Anteprojetos anteriores, publicados no Diário Oficial da União, respectivamente, de 7 de agosto de 1972 e 18 de junho de 1974, por uma razão essencial de probidade científica, a qual se identifica com o natural propósito de bem servir ao povo.

Interessante ressaltar, neste particular, que as “Diretrizes Fundamentais” para elaboração do Código Civil, continham referências expressas quanto à necessidade de adequação aos anseios sociais existentes, bem como no que se refere à forma de captação destes anseios, conforme se constata na alínea “o” das diretrizes fundamentais para elaboração do Código Civil, acima transcrita.

Assim, podem-se extrair destes detalhes é que o discurso jurídico do contexto, notadamente aqueles prolatados pelos agentes protagonistas que se encontravam inseridos no universo de criação da nova legislação, dão conta de que a recepção dos anseios sociais seria -

ou deveria ser - a base para formulação e a essência do novo Código Civil.

O que reafirma a teorização do discurso apresentado pelos agentes também pode ser identificado na alínea “f” do mesmo documento em que se apresentam as diretrizes de formulação do documento legislativo, senão vejamos:

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

Da sistematização de trechos das afirmações contidas na alínea supracitada, pode-se extrair, em palavras próprias e simplificadas, o seguinte discurso: “é objetivo desta comissão atualizar o Código vigente para, além de superar os pressupostos individualistas que condicionaram este Código, dotá-lo de institutos novos reclamados pela sociedade atual em todos os setores da vida privada.”

Porém, apesar de tal discurso estar estampado no documento que evidencia o âmago da proposta teórica da comissão elaboradora, notadamente quando aliadas às alíneas “f” e “o” destas Diretrizes Fundamentais, há uma via tangente que permite a classificação de matérias passíveis de aceitação para debates e eventual inclusão no Código elaborado, qual seja, a alínea “i” do mesmo documento, senão vejamos:

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a 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.

Percebe-se que além de “legítimo”, as questões que ainda fossem “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”, não seriam matérias suscetíveis de análise.

Neste sentido, segundo o entendimento de José de Oliveira Ascensão, é justificável a existência de temas que não se encontrem suficientemente “maduros” para uma intervenção do Estado, visando sua regulamentação por meio do ordenamento jurídico:

Nem tudo o que não é punido é lícito. Pode a lei não ter querido chegar (ainda) à sanção penal, sem que isso impeça que a conduta não penalizada se deva tomar como ilícita. Nem tudo o que não é proibido é lícito. O fato de não haver uma proibição específica não significa que a ilicitude não resulte dos princípios gerais da ordem jurídica. Nem tudo o que não é ilícito é eticamente fundado. Pode o Direito manter ainda certa prática no domínio geral do tolerado, não obstante a repulsa ética, apenas por não considerar o

tema suficientemente maduro para uma intervenção (ASCENSÃO, 1994, p. 69).

Ao analisar os ensinamentos acima descritos, pode-se, à primeira vista, questionar-se acerca da aplicação do raciocínio, uma vez que o autor trata sobre normas de natureza “penal”. Porém, o que resta implícito é que o Direito, ao “*manter ainda certa prática no domínio geral do tolerado. (...) apenas por não considerar o tema suficientemente maduro para uma intervenção*”, acaba permitindo que fiquem a cargo de “*princípios gerais da ordem jurídica*” a resolução de questões que se encontram patentemente amadurecidas, seja pelos discursos havidos, seja pela prática constatada.

Esta postura por parte da comissão elaboradora reforça a característica de “cautela” dos operadores do Direito quando do acompanhamento das inovações sociais, e neste particular, Boaventura de Sousa Santos, como transcrito alhures, a postura dos detentores do capital jurídico sempre se destacou pelo conservadorismo e pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista e dos agentes que a compunham enfatiza, demonstrando-se totalmente incapazes de acompanharem os fenômenos inovadores que trazem, como consequência, a transformação social. O mesmo autor realiza reflexão cabível para a hipótese levantada:

Na teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn o atraso das ciências sociais é dado pelo carácter pré-paradigmático destas ciências, ao contrário das ciências naturais, essas sim, paradigmáticas. Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tornou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa por paradigma, nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido. O esforço e o desperdício que isso acarreta é simultaneamente causa e efeito do atraso das ciências sociais (SANTOS, 2002, p. 21).

Assim, seria justificável a hipótese em que as questões elencadas como dependentes de melhor consolidação nos campos científicos a qual estejam vinculadas, não fossem matérias a serem desenvolvidas no momento de elaboração, caso tais matérias não fossem suscetíveis de aprofundamento reflexivo sobre os pontos decorrentes de sua não inclusão. Significa dizer que há situações em que a análise sobre um determinado tema pode ser realizado a contrapelo, ou seja, avaliar-se o quê a ausência de disciplina pode causar, mesmo não havendo consolidação plena sobre a matéria tratada. Ainda, há situações em que o melhor aprofundamento oferece ao analisador deduzir ou vislumbrar situações com potencialidade de

ocorrência - e que requerem, por suas peculiaridades, tratamento legislativo -, sem que isto necessite ter se concretizado como fato social. Porém, intrigante é a constatação do fragmento do discurso contido na alínea “m” das diretrizes referidas:

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

Merece melhor atenção o trecho *“fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica”*. Neste particular, parece contraditória a postura da comissão elaboradora, onde, ao mesmo tempo em que se coloca como conservadora em relação a questões que ainda detinham “fortes dúvidas e contrastes” propõe-se a superar “situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.” Seria, ao final dos anos 90, a reprodução humana assistida uma “questão com fortes dúvidas e contrastes” ou uma “situação conflitiva”?

Um ponto inegável é que a matéria, além de suscitar fortes dúvidas e contrastes, gerava uma situação conflitiva de longa data - considerando a cronologia dos fatos que demonstram a evolução das técnicas de reprodução assistida -, e que, conseqüentemente, já comprometiam a unidade e a coerência do ordenamento jurídico naquele período, ante a ocorrência e constatação de possibilidades e fatos que se insurgem contra a lacuna no ordenamento jurídico no que se refere ao tema.

Neste sentido, a postura do “antever” os desdobramentos do campo científico e suas correlações e conseqüências ao social tornam-se um ponto falível na postura adotada pela comissão elaboradora do Código Civil.

Tais afirmativas encontram-se baseadas no seguinte raciocínio: a primeira vista, tem-se como primeira referência o contexto da década de 70 como ambiente principal para elaboração do Código Civil. De fato, todas as dúvidas, contrastes e situações conflitivas encontravam-se contemporâneas aos principais eventos e descobertas científicas relacionadas à reprodução humana assistida neste momento histórico. Porém, há que se lembrar que a tramitação do Anteprojeto do Código Civil perante o Poder Legislativo - período em que sofreu alterações de todas as ordens - não se restringiu tão somente à década de 70, mas sim, até os limiares do século 21, ou melhor, até sua publicação, em 2002.

Tratando o Direito e suas reações frente aos avanços científicos relacionados ao tema

tratado, Alberto Silva Franco lança as seguintes críticas:

Mas como está o Direito reagindo? Desconcertantemente, com uma postura de indiferença e de auto-suficiência. Os avanços detectados no campo da reprodução assistida e da engenharia genética parecem, à primeira vista, que não lhe dizem respeito. Cuida-se de matéria estritamente científica, que não apresenta escala de repercussão social justificadora de uma intervenção. Eventuais distorções ou excessos devem permanecer na esfera da ética médica ou da ética das instituições científicas.

Não há porque produzir normas ou regulações de fatos que não possuam uma dimensão social abrangente. Numa hipótese, em concreto, que venha tangenciar, eventualmente, a área jurídica, poderia ter sua solução equacionada por um juiz, com o instrumental legal de que dispõe. Por outro lado, o Direito mantém-se aprisionado ao dogma da eficiência de seu equipamento conceitual: toda e qualquer mudança no mundo da realidade, qualquer que seja o setor, será absorvida, sem precipitações, na teia jurídica. Nada mais incorreto.

Obstinar-se em não ver, fechar os olhos, enterrar a cabeça na areia são posicionamentos que não acarretam nem o desaparecimento das inúmeras questões provocadas pela reprodução assistida ou pela engenharia genética, nem servem para paralisar as descobertas científicas que já se extravasam para enfoques que põem em risco a própria espécie humana. Além disso, a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a engenharia genética versam sobre problemas que afetam, direta e imediatamente, os próprios fundamentos da sociedade atual - e os conceitos construídos pelo Direito se revelam de todo ultrapassados (FRANCO, 2003).

Importante lembrar que coincidem com este período os principais avanços dos meios de comunicações e mídia em geral, notadamente aquela referente à área científica especializada.

Destarte, os fatos relacionados ao tema desenvolvido sempre foram, de todas as formas, expostos à sociedade, seja por meio de interações entre seus pares, seja em relações interdisciplinares, ou, por contatos diretos com a sociedade a fim de extraírem-se as perspectivas, tanto do campo científico, como do social.

O que se pode inferir das informações delineadas neste capítulo é que os avanços científicos das diversas áreas do conhecimento, e com ênfase, aos contidos na área médica, não se encontram acompanhados pelos detentores do poder de legislar no que se refere à amplitude e alcance social de suas descobertas.

O ideário médico visualizado no tratamento do tema “reprodução humana assistida”, no contexto em que se ressaltou a abordagem, demonstra que os avanços desenfreados quanto às novas técnicas científicas desenvolvidas encontram suas justificativas num discurso de reparação de um “mal social” - a infertilidade humana - sendo esta a tônica dos principais embates ideológicos, éticos e legais, dos profissionais que buscam solucionar o que se elegeu

como um “problema de saúde pública”. Por outro lado, há conclames de profissionais da mesma área que suscitam críticas quanto a esta postura diante de um fator existente desde os primórdios da existência humana, os quais sugerem maiores cautelas quanto ao emprego dessas técnicas ainda não totalmente testadas e comprovadamente eficazes à resolução do problema da infertilidade humana.

Localizado de maneira aleatória, o indivíduo - como particular -, assiste a um festival de novas descobertas, como num “fantástico” mundo onde todos os problemas e dificuldade são resolvidos a partir do aprofundamento do conhecimento técnico-científico, pouco importando as conseqüências potenciais e práticas, e mesmo os fins para os quais tais técnicas são desenvolvidas.

Alheia e distante a todos estes fatos, a categoria jurídica parece assistir, como que indiferente, a tais situações, escudando-se num discurso de “espera pela consolidação dos fatos e natural resolução das questões”, demonstrando que sua interferência efetiva e, como necessária, preventiva, não ultrapassou o plano teórico de suas proposições metodológicas e discursos que não se coadunam com a prática constatada.

Assim, numa análise superficial, as décadas de 80 e 90, as quais são o panorama social em que se alcançam os maiores avanços científicos em todos os aspectos, e com mais evidência no campo da medicina, parecem não fazer parte da realidade social que serviu de base social para construir o Código Civil de 2002. O conservadorismo que, inicialmente, se lança em direção à postura dos elaboradores do Anteprojeto do Código Civil, parece ultrapassar aqueles agentes, momentos históricos e as realidades distintas, para se manter na postura dos protagonistas supervenientes, até o momento da publicação do Código Civil de 2002.

### **CAPÍTULO III: Discursos teórico-científicos sobre a construção de leis**

#### **3.1. A Teoria Tridimensional do Direito como doutrina prevalecente no contexto**

Convém destacar que o objeto de análise do presente trabalho encontra-se diretamente ligado aos discursos havidos entre os agentes históricos que atuaram como elaboradores do Código Civil de 2002, e por essa razão, reportar-se-á a pesquisa às teorias e doutrinas jurídicas relacionadas e aplicáveis desde sua origem e elaboração. Assim, fundamental é discorrer sobre a Teoria Tridimensional do Direito, a qual tem como enunciador o professor Miguel Reale, que foi o presidente da então Comissão Elaboradora do Código Civil.

Destarte, a análise crítica acerca da aplicabilidade da Teoria Tridimensional do Direito quando da elaboração do Código Civil de 2002, notadamente no que se refere ao ponto suscitado – regulamentação das hipóteses de reprodução assistida – denota convergência, uma vez que se tem a mesma fonte intelectual nos dois pontos de análise.

No entanto, não se pretende eleger a Teoria Tridimensional do Direito como único instrumento hábil a ser utilizado na análise teórica do fenômeno jurídico em foco pelo fato de um dos principais elaboradores do Código Civil de 2002 ser, coincidentemente, o mentor da corrente doutrinária a qual alcançou seu apogeu científico neste mesmo contexto histórico.

O que se pretende é, inicialmente, apresentá-la como o principal discurso havido no plano teórico - uma vez que se encontra em seu apogeu acadêmico-científico -, além de demonstrar os pontos destoantes entre a teoria jurídica de elaboração de normas defendida por um dos seus principais protagonistas, aliando-se a fatos que convergem ao mesmo ponto de análise. Por fim, verticalizar a reflexão sobre o discurso teórico prevalecente e avaliar a sua aplicação na prática legislativa do contexto é uma das ferramentas a serem utilizadas no transcorrer da pesquisa.

Como necessidade metodológica para o desenvolvimento do trabalho, tem-se como base o período de elaboração do novo Código Civil, que compreende o contexto havido entre os anos de 1970 a 2002, elegendo-se o mesmo recorte histórico para as considerações a seguir. Neste sentido:

O período, portanto, é algo espontâneo e natural ao ser humano; daí a explicação de sua origem: a necessidade de dividir a fim de poder entender e aprofundar ao todo. E daí também, como consequência, a sua finalidade: instrumento para transmitir com mais facilidade e eficiência o encadear dos acontecimentos (TOBIAS, 1987, p. 12-13).

No entanto, importante esclarecer que não se pretende abordar o objeto deste ponto de análise visando esgotá-lo, o que destoaria da finalidade principal do trabalho. Importa demonstrar as matizes teóricas exponenciais do período de elaboração e verificar em que gradiente encontra-se sua aplicabilidade e efetividade como meio científico de aporte para o elemento finalístico da legislação a ser elaborada.

### **3.2. A recepção da realidade social segundo a teoria tridimensional do Direito**

Ao se analisar a sociedade ocidental atual, especialmente nas democracias suscetíveis à aplicação dos ideais em que impere a natureza dos preceitos do liberalismo político e, notadamente os que autorizam a existência simultânea de opiniões divergentes acerca de um mesmo objeto, pode-se afirmar ser impróprio ao legislador que vise à manutenção social, ter como referência fundante os dogmas e princípios estagnados no tempo e no espaço, devendo-se ressaltar as hipóteses em que tais divergências impliquem no comprometimento da ordem democrática e, logo, na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Importantes filósofos pensadores do social, como exemplos, Icílio Vanni, Del Vecchio e Adolfo Ravá, dividiam, para fins meramente pedagógicos, o Direito enquanto Ciência em três partes distintas, a saber: “*uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos; outra cuidando dos interesses e valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica*”. Essa divisão acerca da experiência jurídica intrigou Miguel Reale, o qual passou a desenvolver algumas hipóteses de questionamentos, dentre eles:

... no fundo dessa divisão pedagógica não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si? (REALE, 1994, p. 117).

Importante ressaltar que estes questionamentos realizados por Miguel Reale foram contemporâneos ao apogeu acadêmico-científico da chamada “teoria pura do direito”, desenvolvida e defendida pelo jurista Hans Kelsen, as quais encontraram grande ressonância no âmbito das ciências jurídicas e sociais.

Neste sentido, convém salientar o caráter ousado conferido à *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen - proposto no auge do paradigma positivista - a qual pretendeu precipuamente desabilitar o jusnaturalismo como teoria válida para as ciências jurídicas, e conferir

legitimidade ao reducionismo jurídico estatal por meio da defesa da “unicidade” à ciência do Direito em relação as demais ciências sociais e humanas. A teoria pura do direito, segundo Hans Kelsen, propugnava, neste sentido, sua total independência científica, ou seja, defendendo uma ciência normativa que alcançasse seus fins epistemológicos de neutralidade e objetividade, eliminando-se do âmbito científico a utilização de juízos de valor para sua realização, para, assim, atingir a autonomia disciplinar da ciência jurídica.

Como consequência, a *Teoria Pura do Direito* constituiu-se em ponto de convergência das teorias críticas no âmbito da ciência jurídica, ante a irresignação em relação às deficiências éticas do pensamento jurídico assim desenvolvido, implicando no desinteresse dos juristas em realizar, de maneira científica, um Direito vinculado a critérios de legitimidade não apenas formais.

Não obstante, a proposição formulada e defendida por Miguel Reale veio discordar do entendimento kelseniano que determinava que “*o Direito é pura norma*” (REALE, 1994, p. 117). Ao divergir de Hans Kelsen, expressou:

(...) não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro “Fundamentos do Direito” eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas e economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor (REALE, 1994, p. 118).

A partir desta proposta teórica patentemente original e inovadora ser lançada no universo científico, a teoria tridimensional do direito alcançou visibilidade e importância mundial, tendo sido explorada em reflexões verticalizadas em vários países, obtendo reconhecimento em todos os níveis acadêmicos.

Notáveis são as considerações realizadas por Antônio Carlos Wolkmer sobre a repercussão da Teoria Tridimensional do Direito naquele contexto histórico:

Provavelmente a crítica mais incisiva e mais séria à realidade de exaurimento e de derrocada do naturalismo jurídico-sociológico, enquanto estatuto epistemológico hegemônico, foi a tese de teor culturalista desenvolvida em Fundamentos do Direito, apresentada por Miguel Reale, em 1940, no concurso para a cátedra de Filosofia do Direito. Trata-se de uma nova visão do fenômeno jurídico moldada na aglutinação e na sistematização de uma tridimensionalidade acentada no fato (sociológico), no valor

(idealismo) e na norma (formalismo). Realmente, desde os anos 50, quando amadurece sua epistemologia jurídica tridimensional, e promove o desenvolvimento de um núcleo de pensadores cultura listas das mais distintas orientações (em torno do qual surgem não só o Instituto Brasileiro de Filosofia, mas igualmente, a Revista Brasileira de Filosofia), Miguel Reale torna-se, indiscutivelmente, o mais importante expoente da cultura filosófica brasileira. O culturalismo de Miguel Reale procurou superar as limitações das epistemologias idealistas e empírico-formais, integrando, dinamicamente, os pressupostos normativos com o elemento fático e o elemento axiológico, e inserindo, a partir de um realismo (ontognosiologia) de matiz kantiano, a experiência da normatividade jurídica no mundo da cultura (WOLKMER, 2000, p. 137-138).

Assim, tem-se na teoria da tridimensionalidade do direito, sob a perspectiva realeana, uma importância ressonante no universo acadêmico-científico a partir da década de 40, tornando-se ícone dos principais pensadores jurídicos nacionais, e, assim, promovendo-se como o principal discurso teórico-jurídico do contexto.

### **3.3. A Teoria Tridimensional do Direito como discurso jurídico**

Sendo o povo o elemento que outorga soberania ao Estado e, logo, o monopólio sobre a criação de leis, ao cientista do Direito - compreendendo-se neste âmbito juristas, sociólogos, filósofos e demais estudiosos do social que interfiram diretamente na construção do que “é” e do que “vem a ser” o Direito enquanto ciência interdisciplinar resultante do fenômeno social dinâmico - cumpre a tarefa de refletir sobre os fundamentos que compõem as normas e estruturam o ordenamento jurídico estabelecido. Neste aspecto, interessante ressaltar os elementos “fáticos, lógicos e valorativos” da norma jurídica como as principais preposições teóricas da Teoria Tridimensional do Direito.

Nesta perspectiva teórica, salienta-se que identificar, substanciar e interpretar fatos sociais está vinculado diretamente a atos de valorações, razão pela qual o caráter axiológico a ser empregado não pode ser excluído das interpretações sobre a realidade social e jurídica a qual o legislador está submetido, segundo a Teoria Tridimensional do Direito

Assim, Miguel Reale elege a ontognoseologia como fonte teórica principal para analisar a realidade sócio-jurídica, esta que pode ser dividida em frentes de atuação científicas distintas, quais seja: epistemologia jurídica, deontologia jurídica e culturologia jurídica.

As questões pertinentes à validade lógica do Direito estabelecido em normas jurídicas, bem como seus limites, demonstrando-se que o âmago do fenômeno jurídico possui sempre e

necessariamente uma carga valorativa e, conseqüentemente, interpretativa, são analisados sob os parâmetros da epistemologia jurídica.

A deontologia jurídica cuida dos valores éticos do Direito, bem como do seu fundamento, visando atingir-se o que caracterize o ideal de justo, com vista a justificar a legitimação quando de sua aplicabilidade e efetividade, ou seja, justificar a existência do “ser” jurídico.

Por fim, a culturologia jurídica abrange os fundamentos finalísticos da norma, ou seja, atuando sobre esfera legislativa materializada, buscando a inteligibilidade acerca do ser jurídico, questionando-se, assim, o meio utilizado para a imposição da obrigação e a razão pela qual tal referência legal é criada no corpo social, tendo como objetivo avaliar e mensurar da eficácia social do Direito aplicado à norma jurídica frente à sua respectiva realidade normativa.

Assim, para o estudo da realidade sócio-jurídica existem, segundo a concepção realista, três sentidos a serem analisados e sopesados, sob pena de pautar-se em fundamentos reducionistas acerca da ciência do Direito, notadamente na hipótese de ocorrência de qualquer interpretação que privilegie um campo de natureza jurídica em detrimento dos outros dois.

Como exemplos: quando se privilegia a epistemologia, sobreleva-se o normativismo; quando se visa principalmente o atendimento aos princípios da culturologia, pauta-se exclusivamente no sociologismo; por fim, quando a interpretação da realidade sócio-jurídica considera tão-somente a deontologia jurídica, ocorre o direcionamento ao moralismo jurídico.

São exemplos clássicos desses reducionismos o normativismo de Hans Kelsen, o sociologismo de Pontes de Miranda e o moralismo das doutrinas de Direito natural, entre outros.

Destarte, para a Teoria Tridimensional do Direito, sendo três as perspectivas a serem utilizadas na análise da realidade sócio-jurídica, conclui-se que o Direito possui três dimensões a serem observadas: o fato, o valor e a norma.

Ao contrário da visão pragmática estabelecida pelo plano tecnicista, a formação fundamentalmente sociológica compreende o Direito “como *fato* ou fenômeno *social*, sujeito a um conjunto variável de hipóteses de onde sempre surgirão determinadas conseqüências” (REALE, Miguel, 1995, p. 118).

Neste sentido, Miguel Reale, defende “*que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como fato social, pois o fato jurídico, como fato histórico*

*ainda indefinido ou indistinto, (surge) concomitantemente ao viver do homem em sociedade*”, ou seja, o Direito emerge em concomitância com a sociedade (REALE, 1994, p. 499-500).

Porém, a consciência dessa experiência ocorre em momento posterior, razão pela qual a distinção entre a história dos fatos jurídicos com a história das doutrinas é uma premissa necessária, uma vez que a consciência do fato jurídico surge depois de sua concretização no plano real, e somente depois de maior interregno é que tal fato passa a ser objeto de ciência dotada de autonomia.

Se na primeira fase vê-se o Direito aproximado mais ao seu caráter axiológico, ou seja, buscando o ideal de “justo” e a realização da justiça, e na terceira ligado ao fato ocorrido no âmbito social com vistas à aplicabilidade dos conceitos sócio-jurídicos, tem que salientar que entre elas “foi visto como norma ou como *lex*” (REALE, 1994, p. 507).

Considerando-se que neste ponto se situa o Direito, advém daí a importância do Direito Romano, qual seja, o fato de “ter tomado contato com o Direito como regra e de ter formulado a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa” (REALE, 1994, p. 507).

A esta ciência os romanos denominavam Jurisprudência, que não era o estudo puro e simples dos valores de Justiça, mas a indagação das concreções da Justiça no tempo, nas delimitações espacio-temporais da experiência humana. Os romanos tiveram consciência de que a Justiça se revelava no *factum* da conduta, como experiência humana (REALE, 1994, p. 507).

Assim, pode-se afirmar que no exercício da prática jurídica sempre estão presentes os elementos fato, valor e norma, e por esta razão, existem três perspectivas dominantes da palavra Direito, onde se constata a interdisciplinaridade necessária para a consecução do atendimento aos anseios da realidade social, quais sejam: o Direito como instrumento de *valoração* do que possa ser considerado justo, estudado no plano científico pela Filosofia do Direito por meio da aplicação da Deontologia Jurídica, ou, no plano prático, pela Política do Direito; como *norma* regulamentadora de condutas, o qual é objeto da Ciência do Direito; e da Filosofia do Direito em plano epistemológico, o qual tem por escopo harmonizar o conjunto de conhecimentos acerca do objeto científico (a norma), visando a explicar os seus condicionamentos (sejam eles técnicos, históricos, ou sociais, sejam lógicos, ou lingüísticos), sistematizando as suas relações, esclarecendo os seus vínculos, e avaliando os seus resultados e aplicações; como *fato* social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica (REALE, 1994, p. 507).

Assim, compreende-se que há diretrizes em sentidos distintos para a realização da análise dos fatos sociais, pois se tem na Filosofia do Direito a compreensão axiológica de fatos em função de normas, enquanto que da Ciência do Direito obtêm-se a compreensão normativa de fatos em função de valores, e na Sociologia do Direito encontra-se uma compreensão factual de normas em função de valores (REALE, 1994, p. 151).

Com efeito, ao observarem-se as proposições metodológicas da Teoria Tridimensional do Direito, tem-se como regra geral que as normas jurídicas devem, necessariamente, ser abstratas, sendo premissa teórica de o legislador avaliar o fato social visando a adequação da norma aos fatos e valores sociais existentes. Conforme preleciona Maria Helena Diniz:

As normas jurídicas, na acepção de Miguel Reale, são modelos operacionais, porque articulam fatos e valores. Os valores inerentes à norma não são dados, mas postulados, isto é, tais valores não são entes in se, não são objetos, são qualidades do objeto, dão-lhe um significado, não são, portanto, independentes, mas fatores que se determinam num processo global, no qual os valores postulados preliminarmente podem sofrer mutações, pelo aparecimento de novos valores (DINIZ, 1981, p. 243).

Neste aspecto, verifica-se que a norma jurídica – sob a perspectiva teórica da Teoria Tridimensional do Direito - quando de sua elaboração, há que se considerarem os elementos valorativos emanados da sociedade, sem traduzir-se, ao final, em um “valor” legitimado. A norma vigente não é, obrigatoriamente, um valor em si, mas sim, o objeto em que o legislador vai determinar o valor de acordo com o que se constata na sociedade.

Porém, o mecanismo de valoração da norma de acordo com as constatações oriundas da sociedade evidencia-se como exercício puramente subjetivo, ou seja, seguem uma linha variável de acordo com critérios pessoais e intransponíveis, não se submetendo ao atendimento de nenhuma forma concreta pré-determinada ou emanada de fonte externa ao legislador.

Logo, a utilização de critérios subjetivos quando da elaboração da norma – o que não poderia ser de outra maneira - propicia o surgimento de fator potencial ínsito ao mecanismo que sobreleva a função do legislador, notadamente quanto à visão holística do ordenamento jurídico, seu campo de aplicabilidade e efetividade de seus extratos: a possibilidade de existência de “lacunas” no quadro geral de normas vigentes.

A “lacuna” advém de uma subversão nas expectativas dos valores que redimensiona as expectativas ideológicas. Ante a dinamicidade do direito se pode redimensionar novos valores e ideologias, pois a norma jurídica não é um modelo abstrato oposto à realidade concreta, mas um modelo que expressa uma temporalidade própria, que se caracteriza por um renovar-se e

refazer-se das soluções normativas, tendo, portanto, caráter prospectivo. O que obriga o juiz a “ler” a norma não sob a luz de seus valores e ideologia, redimensionados por ocasião da elaboração da norma, porém à luz dos valores e ideologias da própria norma, numa oscilação contínua que vai da descoberta do discurso original à experiência valorativa e ideológica do momento atual. (DINIZ, 1981, p. 243).

Assim, pode-se afirmar que a “lacuna” constatada no ordenamento jurídico é fato gerador de comprometimento da segurança jurídica devida aos particulares pelo Estado, uma vez que este detém para si o monopólio do poder de legislar.

Porém, pautando-se nos termos em que a corrente adepta à escola realiana se fundamenta, há que se investigarem os valores e ideologias que construíram a própria norma, a oscilação contínua existente no período decorrente da descoberta do “discurso original” e qual a experiência valorativa e ideológica do momento atual – o de elaboração da norma – para que se compreenda a gênese e os elementos motivadores que deram feição à norma.

Assim, reportando-se ao contexto de análise deste trabalho, contata-se um cenário de avanços científicos incomensuráveis e, por outro lado, dissonâncias éticas de toda sorte.

Neste sentido, a proposição de uma reinterpretação do estudo e da aplicação das denominadas “ciências da vida” no contexto é o objeto eleito, haja vista que as mudanças estabelecidas pelos avanços tecnológicos das ciências aplicáveis à vida propunham novos paradigmas e modelos, delimitado pelo contexto histórico em foco, e que serviram de sustentação para a formação de novas idéias e a necessidade de criação de normas adequadas a tais fenômenos sociais.

### **3.4. Debates em torno da perspectiva teórica realiana**

Refletindo-se sobre proposições metodológicas da Teoria Tridimensional do Direito, pode-se afirmar que historicamente, os operadores do Direito atuantes no núcleo elaborador do Código Civil de 2002 - Comissão Elaboradora e Poder Legislativo - não seguiram à risca a regra teórica de fazer constar nos ordenamentos jurídicos uma regulamentação correspondente a todas as inovações das várias áreas de conhecimento.

Neste sentido, há que se ressaltar que a Comissão Elaboradora do Código Civil não detinha o poder de sancionar a lei que concederia vigor aos enunciados legais: o Poder Legislativo é o poder estatal legitimado para esta finalidade, e por esta razão, não se pode concentrar somente na Comissão Elaboradora a investigação sobre as possíveis causas da existência de lacunas no ordenamento jurídico.

Significa dizer que uma vez elaborada uma proposta legislativa pela referida Comissão, o trâmite institucional segue o caminho da submissão ao Poder Legislativo para fins de análise e “possível” aprovação, onde há o instrumento denominado “veto” a ser utilizado para que determinados enunciados não sejam aprovados para fins de sancionamento.

Por esta razão, vale refletir sobre as causas motivadoras para que o campo jurídico sempre se mostre muito mais cauteloso em relação às mudanças mais progressistas que são apresentadas pelas sociedades, ou seja, questionar-se concisamente: por que os agentes que participam do processo de movimentação e estruturação do ordenamento jurídico pautam-se nesta postura de contenção em relação aos progressos mais evidentes?

Neste bojo, o contexto evidencia práticas político-legislativas que possibilitam identificar que as orientações intelectuais das instâncias superiores dos poderes políticos não atenderam aos fenômenos sociais existentes. Há que se ressaltar, todavia, que os debates havidos nessas instâncias eram intensos acerca de todos os aspectos relevantes da sociedade, incluindo-se nesta pauta os avanços tecno-científicos relacionados à reprodução humana, pois as idéias que permeavam o social, notadamente o potencial surgimento de uma nova concepção de família, foram fatores largamente debatidos no campo da intelectualidade.

Verifica-se - segundo corrente majoritária no âmbito da Ciência Jurídica – que tais instâncias permitiram deixar-se instituir na sociedade brasileira, e a partir do final do contexto situado, uma Lei Civil comprometida desde o seu nascedouro, uma vez que concebida sem corresponder aos anseios mediatos e imediatos da sociedade.

Com razão se expressa esta corrente, pois o raciocínio a ser empregado para entender-se esta divergência entre “teoria e prática” pode partir de uma visão mediana sobre os fatos sociais, possibilitando o levantamento de questões acerca da real efetividade sobre as teorias aplicáveis sobre a construção de leis.

Sobre o mecanismo real de recepção dos fatos sociais para fins de elaboração de normas, lançam-se alguns questionamentos iniciais como premissa metodológica de compreensão do fenômeno havido: é possível dotar de valoração um determinado fato social relevante de maneira não correspondente aos anseios sociais constatados? Há um “sentido” concreto à norma instituída nestes termos? Quais os elementos motivadores para que esta norma seja elevada ao grau de vigência? Dada a vigência dessa norma, a lacuna existente traduz-se na expressão da atribuição de um valor conservador e puramente ideológico atribuído pelos elaboradores desta Lei? Quais as idéias que permearam as bases fundamentais

desta Lei?

No que concerne à possibilidade de valoração de um fato social relevante de maneira divergente aos anseios sociais, tem-se por certo que o grau de subjetividade contidos nos mecanismos de valoração torna dedutível tal possibilidade, o que faz com que o fato social seja suscetível às considerações e interpretações de acordo com o entendimento e conveniências particulares dos operadores que o analisam sob esta perspectiva.

Como mencionado anteriormente, não há como estabelecer critérios objetivos para fins de elaboração de normas, pois, sendo emanados da dinâmica social de maneira aleatória e, logo, sem uma previsibilidade exata, os fatos sociais não podem ser equacionados por meio de operações matemáticas.

Elencar valores acerca de fatos sociais e considerá-los com o intuito de construção de normas não permite ao elaborador da norma “somar” estes valores, mas sim, “relacioná-los”, ponto este em que se repousa a aplicação do subjetivismo na elaboração normativa.

Porém, o “sentido” concreto à norma instituída nestes termos é questionável ao tempo em que se desconhece a real motivação para que os substratos das valorações relacionadas não correspondam à soma de fatores que construíram o fato social. Convém esclarecer que a expressão “soma de fatores” é utilizável para a compreensão do raciocínio empregado, pois, seguindo-se o sentido etimológico da palavra “fator”, este pode ser o acontecimento que contribui para um determinado resultado. Assim, um “fato social” pode ser constituído de vários fatores convergentes entre si, gerando tal resultado.

Quando tais fatores – que constituem a gênese dos anseios emanados da sociedade - deixam de serem somados para a delimitação e configuração exata do “fato social” a ser observado pelo legislador, tem-se por comprometido o processo de captação da realidade social. É neste momento que o entendimento acerca dos elementos motivadores que elevaram esta norma ao grau de vigência torna-se crucial, para que haja uma justificação de sua legitimidade.

Assim, convém observar que os fatos sociais efetivamente considerados não correspondem, obrigatoriamente, a todos os “fatores” existentes num determinado contexto histórico-social, seja pela inaplicabilidade da “soma” de fatos sociais mesmo que convergentes, seja pela submissão ao elemento subjetivo do legislador ao “somar” os fatores que constroem os fatos sociais.

Ainda, há que se considerar a potencial impossibilidade de constatação de “todos” os

fatores existentes acerca de um mesmo fato social. O legislador, como ente humano, está adstrito ao seu universo e ao que lhe é suscetível, não importando, necessariamente, que todo o acontecimento existente no corpo social seja de seu conhecimento.

### **3.5. As lacunas no ordenamento jurídico e sua colmatação**

Dadas as considerações relacionadas, tem-se por evidente que a não recepção, por parte do legislador, da totalidade dos fenômenos que construíram um determinado fato social, tem como consequência o inevitável apontamento de eventuais “lacunas” no ordenamento jurídico.

Assim, questionar os elementos motivadores dessa negativa é uma consequência natural por parte dos debatedores do Direito, pois, dada a vigência de norma constituída a partir desses critérios, pode-se afirmar que a lacuna existente traduz-se na expressão da atribuição de valoração passível de fundamentação em conteúdo puramente ideológico por parte dos elaboradores de tal norma, com vistas ao elemento subjetivo aplicável.

Neste compasso, ao analisar a função integradora da ideologia como instrumento de colmatação de lacunas no ordenamento jurídico, Maria Helena Diniz, analisando a postura a ser tomada pela autoridade elaboradora da lei, expõe o sentido axiológico da construção das normas, senão vejamos:

Como a norma jurídica tem por escopo dirigir a atividade humana na sociedade, a autoridade que a estabelece opera por via de valores ao decidir o que deve ser permitido ou não, guiada pela prudência política. A prudência política é a virtude pela qual o órgão se vale para descobrir normas e promulgá-las. A autoridade que elabora as normas assume uma atitude de quem relaciona fatos e valores, sem, contudo, valorar os fatos, não lhe interessa saber qual o valor determinado. Sua função não é estimar, positiva ou negativamente, a norma de direito, mas a relacionar a fatos e valores, dando-lhe um sentido, sem lhe atribuir um valor (DINIZ, 1981, p. 243-244).

Saliente-se que o Direito, enquanto ferramenta de trabalho de seus operadores, tem a capacidade de definir os termos da ordem social por meio de sua atuação na construção do ordenamento jurídico, valorando, proibindo e permitindo condutas e comportamentos individuais e coletivos. Se conteúdo ideológico contido na subjetividade humana é elemento formador de valores para a construção de normas, também o é – ou pode ser – utilizado como instrumento de colmatação das lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Assim, a forma de integralização das lacunas constatadas no ordenamento jurídico por meio do conteúdo ideológico advinda do legislador deve(ria) revelar-se dinamizada e

receptiva na mesma intensidade e proporção em que oscilam as concepções utilizadas no momento de formulação originária da norma. Significa dizer que havendo o emprego de subjetividade e aplicação de conteúdo ideológico no momento de elaboração e criação de normas, conseqüentemente, tal mecanismo adequa-se ao procedimento de “preenchimento” das lacunas existentes.

Reportando-se à temática central do presente trabalho, constatou Luiz Edson Fachin ainda no contexto de elaboração do novo Código Civil:

A “tecnologia da filiação” ou a “biotecnologia aplicada às relações de descendência genética” traz um novo horizonte jurídico a desvendar. Situações como esterilidade feminina ou hipofertilidade, a impotência generandi e muitas outras hipóteses provocam novos desenvolvimentos na área.

Não obstante a realidade social e econômica não seja congruente com fulgor tecnológico, centros de fertilização atuam onde o Direito ainda não alcançou. Dados da realidade começam a provocar distorções diante da lacuna da lei. (FACHIN, 1999, p. 226). (Grifou-se)

A partir desta perspectiva derivam outros fatores a serem observados, e que constroem a problemática central do estudo proposto, como exemplo, questionamentos acerca dos “indivíduos e grupos” que se apresentaram neste contexto como os debatedores e formuladores da lei civil em foco.

Porém, para que sejam respondidos quaisquer questionamentos acerca deste ponto, torna-se necessário (e apropriado) proceder a uma análise da atuação dos operadores do direito enquanto cientistas sociais, englobando-se ainda nesta categoria os representantes de áreas de conhecimentos correlatas que concorreram direta ou indiretamente para a captação da realidade social existente.

Assim, considerando os campos científicos que concorreram para a formação do plano social efetivamente existente no contexto – Direito, Medicina, Biologia, Filosofia, Sociologia, etc. – levanta-se os seguintes questionamentos: Quais suas respectivas formações e tendências ideológicas dos personagens deste contexto? Quais os tensionamentos e inflexões constatáveis entre esses indivíduos, grupos e “campos” para a construção do que tinha a pretensão de ser o ‘Código do novo milênio’? Quais as ‘idéias’ destes operadores do direito acerca da família nacional constituída a partir da quebra da tradição da sexualidade como pressuposto da procriação humana? Quais conteúdos ideológicos existentes no período para fins de fundamentar o apontamento de uma eventual lacuna existente?

Maria Helena Diniz oferece subsídios teóricos aplicáveis ao preenchimento de lacunas

no ordenamento jurídico, em moldes correspondentes à doutrina realeana, senão vejamos:

Uma vez admitida a questão da existência das lacunas jurídicas, surge o problema de sua identificação, isto é, de sua constatação. Esta problemática abrange duas facetas: 1) a concernente ao ordenamento jurídico, que se caracteriza pelo fato de se saber em que limite a norma é omissa, ou seja, até que ponto ela não é aplicável sem um complemento, até que ponto, em caso de lacuna, se pode interpretar a lei e até que ponto se pode integrá-la; 2) a referente à dificuldade da determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como uma lacuna. De maneira que o problema se resume na definição da lacuna, na sua classificação, nos meios através dos quais o órgão jurisdicional completa as normas, nos limites dessa função integradora, no sentido de uma neutralização política do judiciário (DINIZ, 1981, p. 104).

A partir das constatações encontradas no discurso jurídico decorrente da doutrina realeana sobre a construção de normas e manutenção do ordenamento jurídico, notadamente os doutrinadores que perfilham a Teoria Tridimensional do Direito, torna-se evidente a que as premissas defendidas não encontraram plenitude de aplicabilidade quando do momento de formulação de normas contidas no Código Civil, notadamente no que diz respeito às normas instituídas para a regulamentação da reprodução assistida.

Com feito, mensurar com precisão a extensão da omissão da norma, definindo-se o alcance de sua aplicabilidade ante a sua omissão, certamente não é uma tarefa simples de ser realizada. Por vezes, a norma é comprometida desde o início de sua vigência, necessitando de complemento para que sua aplicabilidade não esteja desde então comprometida.

Neste caso, o elemento finalístico na norma não se cumpre, evidenciando-se uma contradição entre a norma existente e sua própria existência, pois uma vez criada para uma finalidade determinada, não alcança sua razão de “ser”, ou seja, de existir ou de permanecer existindo no ordenamento jurídico do qual é parte. Há que se relevar que não se trata de premissa obrigatória a integralização de lacunas constatadas, pois há situações em que o “vazio” se torna veladamente proposital, na medida em que a realidade social não oferece os subsídios materiais – diga-se, “práticos” – suficientes para que o legislador possa compreender profundamente o objeto de aplicabilidade da norma a ser desenvolvida, bem como refletir sobre a necessidade de previsão sobre as conseqüências de sua ausência.

O argumento acima despendido é o que se utilizou alguns legisladores e doutrinadores como forma de justificar a ausência de normas materiais específicas para casos em que a reprodução assistida oferece incógnitas. Seguindo-se as palavras de Maria Helena Diniz, é neste tocante que outras questões relevantes são levantadas, sendo fundamentais para a

investigação: “até que ponto, em caso de lacuna, se pode interpretar a lei até que ponto se pode integrá-la”? Sobre tais questionamentos, a análise será realizada em momento específico.

Porém, a mesma perspectiva teórica defende ainda a *dificuldade da determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como uma lacuna*. Pois bem. Verifica-se que todo o mecanismo de elaboração, efetivação e manutenção do ordenamento jurídico está imbuído, naturalmente, em componentes axiológicos, onde os juízos de valores são a tônica nuclear para todos os passos realizados no caminho do acompanhamento da dinâmica do corpo legal vigente.

A idealização de uma forma “prática” para esta finalidade torna-se dispensável e até mesmo irrelevante, pois a subjetividade, como mencionado anteriormente, é a ferramenta definidora do caráter valorativo da norma e o ponto em que ocorre a ligação entre homem – o captador da realidade social e manejador dos valores empregados – e a norma – resultado da racionalização dos valores auferidos - não sendo suscetível ao emprego de critérios puramente objetivos ou pré-determinados. E não teria como ser diferente.

No entanto, a simples existência de premissas no sentido de orientar o legislador a empregar a subjetividade de maneira “prudente” e correspondente aos anseios sociais, por si só, revela outro tipo de desatendimento: às premissas ao qual se defendeu em discursos quando da elaboração da norma e até mesmo posteriormente.

A partir daí se abre uma nova frente de reflexão, pois se torna patente que além de não se atender aos anseios sociais evidenciados, ainda deixou-se de atender às premissas teóricas prevaletentes no âmbito científico do contexto sobre a elaboração de normas jurídicas, e defendidas pelos próprios legisladores atuantes no trabalho de elaboração do novo Código Civil.

Neste sentido, lançam-se os seguintes questionamentos: Quais as razões para que a teoria jurídica da norma prevalecente não tenha alcançado sua plenitude de aplicabilidade quando da elaboração do novo Código Civil?

Tem-se como hipótese de problema central para resolução deste questionamento os argumentos defendidos por Maria Helena Diniz, que confere à definição da lacuna, a sua classificação, os meios através dos quais o órgão jurisdicional completa as omissões normativas, e os limites dessa função integradora no sentido de uma neutralização política do judiciário. A partir desses argumentos que se revelam como apontamentos de impedimentos

metodológicos, estaria o legislador, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a sociedade, sujeitos às inconformidades existentes entre realidade social e ordem normativa.

Interessante frisar que a idéia de “neutralização política do judiciário” traduz-se na idéia de interferência de um poder – o Poder Judiciário - no sentido finalístico sobre atos emanados de outro poder público estatal – o Poder Legislativo.

Compreende-se assim que a realização de colmatação de lacunas por ente estatal diverso do originário possui dois sentidos: um, em que o legislador visa à construção de normas que visem a completude de atendimento à realidade social, e outro, que comporta a permissão pré-definida em permitir que o Poder Judiciário possa integrar a norma quando eventualmente constatada uma lacuna, por meios que o próprio conjunto normativo possa oferecer, como exemplo, o artigo seguinte do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Acerca do artigo acima transcrito, importante notar que ao Poder Judiciário, por meio de seus representantes, não é cabível a hipótese em que o aplicador da lei possa se eximir alegando lacuna ou obscuridade da lei. Logo, o representante estatal tem como obrigação legal realizar seu trabalho a partir do estado em que se encontra o ordenamento jurídico, tendo como mecanismos utilizáveis diante da constatação de uma lacuna objetiva do ordenamento jurídico os processos mentais de aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Neste particular, mais uma vez se evidencia a ausência de critérios objetivos para o emprego de preceitos teórico-normativos.

O “grau” de analogia considerada necessária para fundamentação desse recurso, a caracterização dos costumes “legítimos” e presentes no âmbito social, e a “eficácia/validade” dos princípios contidos (ou não) no âmbito geral do Direito são fontes inesgotáveis de questionamentos numa lide jurídica quando de suas respectivas aplicações, tornando-se um “mal necessário” para que as partes possam, de fato, cumprirem o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como constatado, a viabilidade técnica da concepção doutrinária prevalecente no contexto de elaboração do Código Civil não tem a capacidade de dirimir pontos importantes na captação e resolução de problemas sociais de cunho normativo. A principal finalidade

deste discurso não alcança plenitude prática quando empregada e, no mais, constatada sua real utilização, ou não, quando da elaboração de normas.

O que se constata é a inoperância do plano teórico defendido pela corrente doutrinária realeana e sua conseqüente ineficácia perante as necessidades sócio-político-jurídicas.

Sobre esta assertiva, Antônio Carlos Wolkmer lança suas considerações no seguinte sentido:

Se num primeiro momento, o tridimensionalismo de Miguel Reale foi um pensamento renovador em relação ao positivismo ortodoxo e aos múltiplos reducionismos formalistas, decorridas algumas décadas, acaba transformando-se numa proposta jurídica sem alcance transformador e sem muita eficácia para as novas necessidades de regulamentação social e para os objetivos político-jurídicos de uma sociedade de desenvolvimento tardio do capitalismo periférico, como a brasileira deste final do século XX. (WOLKMER, 2000, p. 138).

Em outro trabalho, Antonio Carlos Wolkmer já apontava esta constatação:

O mesmo pode-se dizer da significação que teve, para os anos 40 e 50, o culturalismo tridimensional de Miguel Reale, que surgiu com uma vigorosa e arguta crítica aos diversos formalismos e reducionismos naturalistas da época, demonstrando, com rigor e erudição, mediante um pensamento que não deixava de ser “crítico” para a época, a consistência e as contradições dos matizes positivistas. Igualmente, transpondo o tempo, pode-se constatar que o discurso, a produção e a prática jurídica reinante no Brasil, calcadas na lógica de uma racionalidade técnico-formal e nos pressupostos da dogmática do cientificismo positivista, não respondem mais aos reclamos e às aspirações do atual estágio de desenvolvimento sócio-econômico e dos parâmetros de modernização das instituições políticas da sociedade brasileira (WILKER, 1991, p.99).

Interessante constar ainda as palavras do mesmo autor sobre as teorias jurídicas que se apresentam no contexto:

Além da hegemonia e da incisiva influência do culturalismo axiológico de Miguel Reale na formação filosófica de várias gerações, cabe registrar, a partir do final dos anos 70 e início dos anos 80, algumas contribuições teóricas que vão desde o idealismo disfarçado até o rigor das distinções de alcance analítico, sociológico, zetético, todas marcadas pelo enfoque anti-dogmático, como o formalismo retórico da teoria da decisão jurídica, de Tércio Sampaio Ferraz, o sociologismo reformista estrutural-funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz Fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições jus psicanalíticas de Agostinho Ramalho Marques Neto. (WOLKMER, 2000, p. 138).

Assim, mesmo sendo patente a ineficácia da concepção doutrinária do contexto, nota-se que sua influência ainda é muito acentuada em todo o transcorrer temporal de elaboração

do Código Civil de 2002, pois as justificativas apresentadas pelo então Supervisor da Comissão Elaboradora do Código Civil sempre foram nos sentido de defesa da aplicação de seus postulados doutrinários, notadamente quando da tramitação do referido Código Civil perante as comissões na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

No entanto, apesar de superadas as premissas teóricas aplicadas no período de elaboração do Código Civil de 2002, ainda há expoentes desta corrente doutrinária que, reforçam a idéia de atendimento ao conclames sociais. Neste particular, são palavras de Miguel Reale ao final do período de tramitação do texto do Anteprojeto perante a Câmara de Deputados:

A Comissão teve o prazer e a honra de receber projetos parciais e sugestões de toda natureza, de diversas instituições jurídicas e empresárias do Brasil, de grandes juristas e de advogados militantes. Nem faltaram sugestões do homem comum, apresentando à Comissão os seus problemas e as suas apreensões. Tais sugestões mereceram tanta atenção quanto as endereçadas por juristas eméritos, porque nós estávamos, e estamos, cuidando daquilo que costumo denominar a Constituição do homem comum, que é mais importante que a outra como o demonstra, aliás, a mobilidade dos Estatutos políticos e a relativa estabilidade da ordenação civil, em todas as culturas jurídicas do mundo. Como se vê, toda a sociedade civil foi ouvida."<sup>2</sup>

Percebe-se que a ênfase do discurso pessoal converge ao atendimento dos anseios sociais na elaboração do Código Civil, mesmo sendo amplamente debatidas as “lacunas” existentes em vários planos.

As críticas constatadas de forma concomitante e posterior ao de “fechamento” do texto codificado, com ênfase ao tema particular em foco, ultrapassaram os liames entre necessidade teórica e prática, a ponto de emergirem incessantes buscas de regulamentação pela via da legislação especial, uma vez que, demonstrando-se obstada a possibilidade de regulamentação pelo Código Civil em construção, transmitiu-se esta responsabilidade aos legisladores para, em momento posterior, ingressarem com novos projetos de lei, o que demonstra uma possível omissão acerca de uma temática consideravelmente relevante, no entanto, que demandaria maiores aprofundamentos para sua conclusão.

Há que se considerar também a imediaticidade de resolução e fechamento do Código Civil - estando tramitando perante o Poder Legislativo nacional por mais de 25 anos -, foi requerida pelo então representante do Poder Executivo nacional Fernando Henrique Cardoso.

Num período político de nuances acentuadas, notadamente pelo contexto eleitoral, fez-

---

<sup>2</sup> Fonte: Pensadores Brasileiros: Artigos e entrevistas de Miguel Reale. Período de 25/02/1995 a 15/09/2001. In: [http://pensadoresbrasil.comcast.net/~pensadoresbrasil/MiguelReale/novo\\_codigo\\_civil.htm](http://pensadoresbrasil.comcast.net/~pensadoresbrasil/MiguelReale/novo_codigo_civil.htm)

se um levante em prol do lançamento de um novo Código Civil para a sociedade brasileira, como alternativa política de demonstrar a iniciativa em atender ao que há muito a sociedade pugnava aos poderes públicos: uma nova regulamentação civil dirigida ao particulares.

Essa “pressa” fez com que certos pontos do novo texto fossem dispensados de aprofundamento de análise, uma vez que demandaria tempo e poderia incorrer em atraso das pretensões políticas atuantes. Na vertente prática o trabalho de elaboração da legislação foi postergado, comprometido pela utilização de mecanismos ultrapassados e alvo de críticas nem sempre consideradas a ponto de alterar ou substanciar novas linhas para seu desenvolvimento, na vertente política, a utilização oportunista deste recurso - valorizar o que estava “esquecido” -, fez com que sua conclusão fosse comprometida em forma, conteúdo e identidade com o plano social a qual se remetia, desde o seu nascimento perante a sociedade brasileira.

## **CAPÍTULO IV: O Código Civil de 2002 como extrato dos discursos jurídicos**

### **4.1. O Direito de Família e suas principais referências histórico-sociais**

Conforme se constata nos trajetos históricos percorridos e demonstrados pela historiografia especializada, pode se afirmar que a família preexistiu ao Estado, uma vez que não existem evidências que revelem o surgimento de uma sociedade organizada sem que se denote a presença da família instituída, seja na antigüidade oriental ou na antigüidade clássica (Grécia e Roma).

Nos primeiros agrupamentos humanos que ganharam contornos familiares, os quais visavam à proteção contra quaisquer ameaças externas, a segurança alcançada por um grupo organizado passou a deter muito mais importância do que a própria consangüinidade entre seus membros.

O Estado, ao exercer a função de proteger os grupos familiares, concede à família o caráter de unidade institucionalizada, a qual começa a se fortalecer, pois o parentesco somente passou a ser observado nas famílias gregas e romanas, identificando-se com o culto aos antepassados, o que muito contribuiu para a agregação ao redor do *pater*.

Tanto na Grécia quanto em Roma existiam as religiões, onde cada agrupamento possuía seus próprios deuses, representados pelos ancestrais mortos, e sua própria liturgia, determinada pelo chefe que também era o chefe religioso, ou seja, a figura do *pater* detinha o poder familiar e religioso neste modelo de família. Na hipótese de ausência de descendentes, a família não poderia perpetuar a sua existência, pois o culto aos antepassados se extinguiria com esta ausência e, segundo as suas crenças, acarretaria uma espécie de condenação eterna àquela família sem descendentes, bem como aos seus antepassados.

Na Grécia, a família era representada pelo grupo ligado ao ancestral comum, somando-se os cônjuges e enteados, genros, noras e cunhados, o que caracteriza a *polis* familiar reconhecida por alguns estudiosos.

Em Roma, coexistiam a *gens*, sendo o chefe o *pater gentis*, e a família era composta pela mulher, filhos, netos e bisnetos, e pelos bens, sujeito ao poder do *pater familias*, qual seja, o ascendente comum a todos com mais idade no grupo.

O Estado Romano não realizava uma interferência direta no âmbito da família, pois tal responsabilidade cabia tão somente ao seu *pater*, que exercia uma espécie de jurisdição

paralela, a qual era autorizada pela própria ordem jurídica, à medida que se partia da idéia da família como sua representação celular.

É neste contexto que a família se institui como unidade política, jurídica, econômica e religiosa, e a união entre homem e mulher passa a ter maior importância ao âmbito jurídico. Neste sentido, foi na Roma antiga que a família foi organizada dentro de padronizações apresentadas pelo Estado e, visando protegê-la, deu-se origem um conjunto de normas que faziam da família uma sociedade caracteristicamente patriarcal, com a criação de normas que se referiam ao âmbito familiar, sem, contudo, construir um “Direito de Família” correspondente à noção moderna de legislação específica e direcionada ao âmbito familiar, mas sim, um complexo de regulações voltadas a prever vários tipos de famílias existentes no período.

Numa abordagem técnica e restrita, afirma-se na doutrina que a família era um conjunto de pessoas livres que se encontravam momentaneamente sob o poder do mesmo *pater*, que detinha, de forma preponderante, o poder e a posição do pai, chefe da comunhão doméstica.

O pátrio poder, ou, *patria potestas*, tinha caráter evidentemente unitário, conforme se pode observar da própria expressão, sendo exercido apenas pelo pai, podendo ser exercido sobre os netos.

Ressalte-se que o conceito da família acima exposto refere-se a pessoas “livres”, ou seja, era aplicado apenas aos cidadãos romanos, aos *quirites*. Na sociedade romana, os poderes do “*pater familias*” eram numerosos e amplos. A título de exemplificação, vejam-se os três principais poderes existentes naquele período:

1. *jus vitae ac necis* - direito de vida e morte - o *pater familias* tinha o poder/liberdade para matar os seus dependentes, quais sejam, filhos, netos e até mesmo a sua esposa, caso postergassem as obrigações reverenciais tuteladas pela lei;
2. *jus exponendi* (direito de abandonar) – de acordo com o seu próprio julgamento, o *pater familias* poderia, ao invés de matar, lançar seu filho ao total abandono, ainda que fosse menor impúbere, ensejando a possibilidade de ser este recolhido por outra família através de adoção ou por órgãos do próprio Estado de Roma;
3. *jus noxae dandi* (direito de dar prejuízo) - se um dos dependentes cometesse algum ato que proporcionasse danos a outrem, o *pater familias* poderia dar o próprio causador do dano, na condição de escravo, à vítima, transformando seu dependente em moeda de pagamento.

Quando o *pater familias* falecia, o pátrio poder não era transmitido para a mãe; o filho mais velho tornava-se o *pater familias*, adquirindo o pátrio poder sobre seus filhos, uma vez que estes eram anteriormente sujeitos ao avô.

As filhas somente assumiam o pátrio poder na hipótese de deixar de existir homens na família, ante a existência de vedação legal às mulheres de o exercerem por ato voluntário da família.

A partir da Idade Média, com o reconhecimento do cristianismo como religião oficial dos povos considerados civilizados, o culto familiar deslocou-se para as igrejas vinculadas ao cristianismo, o que resultou no fim da figura do *pater familiar*, transferindo à Igreja o sacerdócio da família.

Neste determinado momento histórico, as funções da família perante o Estado restringiam-se à produção de bens necessários à sua própria sobrevivência, como exemplos, alimentos, roupas e armas.

Porém, com o advento da Revolução Industrial, a produção independente de itens de sobrevivência familiar não atendia mais aos novos contornos sociais do contexto. É neste momento que a família passa a exercer a função econômica perante o Estado, ganhando importância frente aos novos ditames sociais. Por fim, outra função emergente neste contexto e que apresenta forte ligação com a religião e, paralelamente, a este novo contexto social, é a procriação. A idéia de prole numerosa é propagada como sinônimo de prosperidade e pleno alcance dos desígnios sacramentais, e, logo, um casal eventualmente sem filhos tinham uma posição inferior perante a sociedade.

Atualmente, a família não possui tantas funções como no período de transição da Idade Média para a Moderna, pois, como exemplos, a liberdade de culto aos familiares – o que desautoriza o *pater* de escolher o culto a ser realizado pelos seus descendentes; a defesa “pelo Estado” de qualquer pessoa contra as ameaças externas ao seu grupo familiar (e, óbvio, até dentro dele) proíbe a autodefesa; o Estado tem o dever de prestar assistência à família, e não somente fazer com que esta exerça suas funções sem um retorno garantidor da sua sobrevivência; o dever de amparo aos idosos; o planejamento familiar, diferentemente da prática social de prole numerosa do século XIX.

Feitas estas considerações, convém partir-se para uma análise hodierna da família e do direito que a ampara, lançando-se mão de conceitos e visualizando os principais institutos que formam esta disciplina.

## 4.2. O Direito de Família na atualidade

Comumente se afirma que o Direito é o conjunto de normas e princípios legais que regulam o funcionamento da sociedade e o comportamento de seus membros intervindo nas relações entre eles. A abrangência da expressão sociedade, no entanto, tem um sentido dinâmico e apresenta muitas particularidades, seja de aspecto amplo (ex: a totalidade da população brasileira), seja de aspectos restritos, constituídas de pequeno número de pessoas.

O direito deve tutelar a funcionalidade da sociedade em geral, como também o de cada categoria de sociedade. Constitui-se no objeto de análise uma espécie de sociedade restrita, qual seja, a sociedade familiar enquanto entidade institucionalizada. Em princípio, trata-se de sociedade constituída a partir da comunhão entre marido e mulher, ampliando-se com o surgimento dos filhos, constituindo a família no sentido restrito ou família nuclear.

A consangüinidade pode ser definida como o liame resultante da descendência biológica, ou seja, de ascendente para descendente, enquanto que a afinidade é constituída entre pessoas estranhas – sem vínculos de consangüinidade - que se ligam à sociedade familiar através do casamento, como ocorrem com os cônjuges.

Seguindo-se as principais referências ideológicas ocidentais, notam-se importantes fatores que aderiram à idéia de família enquanto objeto suscetível de normatização pelo Estado, como o de ser uma sociedade intrínseca ao ser humano e, por isso, preexistente ao direito que a regulamenta, e por ser ela considerada, durante muito tempo, fundada no casamento, sendo estes os dois elementos da sociedade familiar, sob o prisma jurídico.

Por estas razões, cumpriria ao Estado - por meio da aplicação do Direito - protegê-la, uma vez que, segundo a concepção moderna dos institutos de direito ligado ao âmbito familiar, a desagregação da família, ou seja, a desvinculação de seus membros, certamente seria a causa da desestruturação das bases do Estado e do Direito que o regulamentasse.

No entanto, há que se considerar que a família, ao contrário da idéia de ser uma sociedade natural, formada por pessoas físicas, unidas por consangüinidade ou por afinidade, é uma construção social.

E foi a partir de considerações deste teor que, ao final do século XX, o então Código Civil vigente, o qual tem sua origem contextual que remonta ao limiar do século XIX, apresenta-se impróprio para as novas realidades que se apresentam na sociedade brasileira.

Com publicação e vigência ocorrida a partir de 1916, aquele Código Civil, da mesma forma se fez referência primaz da legislação civil nacional com críticas ferrenhas desde seu

nascimento, assim como o Código Civil de 2002.

As críticas constatadas revelam que os legisladores são apontados como excessivamente conservadores e até por vezes retrógrados por não demonstrarem a postura esperada pela sociedade do contexto, qual seja, uma ligação com a atualidade e com a realidade nacional e os influxos com os fatores intencionais que emergiam naquele período.

Neste sentido, Antonio Carlos Wolkmer tece considerações que transmitem as idéias que circundavam as opiniões formadas em relação ao Código Civil de 1916:

Sem desconsiderar o valor e avanço do processo de codificação em relação ao anacronismo da legislação portuguesa até então dominante, o Código Civil reproduz em muito as condições sócio-econômicas do final do século XIX. As características do novo Código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas, admitindo um pátrio poder rigoroso, que foi diminuído posteriormente com a gradativa concessão de outros direitos à esposa.

(...)

Certamente o Direito Civil brasileiro, tendo suas raízes no velho Direito metropolitano, que o Império transformou, e, em parte, materializou, seria pouco eficaz e fracassaria em inúmeras questões essenciais. Além desse demasiado apego dos juristas pátrios ao passado, escondido sob o manto de uma retórica artificial e de conhecimentos abstratos, esses não elevaram em conta as necessidades reais e nem sempre conseguiram visualizar corretamente a diversidade e a particularidade das condições brasileiras. (...) Tem-se, assim, em muitos setores institucionais, um direito vazio e inoperante, favorecendo uma ausência de regulamentação jurídica para muitas situações específicas (WOLKMER, 2000, p. 120-22).

E enfatiza:

Enfim, em que pese as profundas e céleres mudanças vivenciadas pela sociedade brasileira do século XX, basta o exame atento das fontes históricas, da evolução e da aplicação dos dispositivos do Código Civil engedrado no ideário da segunda metade do século XIX e ainda em plena vigência, para se ter com muita clareza um perfil ideológico e o grau de comprometimento do Direito Privado como um todo. De fato, sua filosofia tem reproduzido até hoje, de um lado, os princípios do individualismo burguês da moderna cultura jurídica européia; de outro, o legado colonial de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas que apenas tem favorecido a garantia e a proteção de bens patrimoniais, deixando de contemplar e resolver os conflitos sociais de massa. Os limites, o artificialismo e a pouca funcionalidade desse sistema de legalidade formalista e conservador propiciam as condições favoráveis a seqüência de confrontos intermináveis e os horizontes de ruptura com os procedimentos da justiça oficial e estatal. Daí a premência de se definir novo quadro de auto-regulamentação emanado da e pela própria sociedade (WOLKMER, 2000, p. 125).

Assim, longo foi o período em que a legislação civil percorreu até na

busca de um ponto de equilíbrio na legislação civil direcionado ao Direito de Família. As idéias arraigadas que fundamentaram a ideologia empregada pelos legisladores, e forjaram realidades não correspondentes aos anseios sociais existentes, permearam o ideário institucional desde os primórdios da república, onde o conservadorismo encontrava-se impregnado na postura dos legisladores. Interessante notar que esta mesma postura é também encontrada quando da elaboração do Código Civil de 2002, onde vários são os apontamentos de lacunas existentes e que tiveram como causa a postura conservadora dos agentes responsáveis pela sua construção.

Porém, a própria legislação nacional, em âmbito constitucional, apontou os avanços sociológicos acerca do instituto familiar em contexto histórico contemporâneo ao de elaboração do Código Civil de 2002.

Neste momento, o organismo familiar deixa de ser tão somente objeto apenas do Direito e passa a ser considerado sob os aspectos sociológicos, políticos, econômicos, todos eles com implicações complexas, razão pela qual a Constituição Federal de 1988 lhe dedicou um capítulo específico, constante nos arts. 226 a 230.

Elevada ao plano constitucional em 1988, a família, no âmbito legal, passou por uma série de transformações até que se adequasse aos novos contornos ditados por aquela através da nova legislação infraconstitucional, que se consolidou em 2002 com o advento do novo Código Civil.

É nesta esteira que se analisará, a legislação pertinente a reprodução humana, para que se obtenha uma noção do alcance das normas existentes no Direito de Família pátrio.

Pode-se frisar de antemão que a matéria regida no conteúdo do Código Civil de 2002 referente à reprodução assistida se dá através de princípios, não tendo sido elevada à abordagem consubstanciada em critérios objetivos, tendo o corpo legislativo apresentado como justificativa para esta postura a alegação de inexistência de casos específicos que poderiam nortear a elaboração de normas dotadas de especificidade, o que se apresenta relativamente plausível para a ocasião.

Porém, se torna necessária a análise geral dos artigos que mantenham conexão com a temática central do trabalho, visando obter-se uma visão holística do Código Civil de 2002. Neste sentido, analisa-se primeiramente o Capítulo II do Livro IV do novo Código Civil que disciplina, especificamente, sobre a filiação no âmbito do Direito de Família pátrio.

Assim, analisar cada artigo e sua repercussão o meio jurídico, seja pela materialidade

que regulamenta, seja pela força que o enunciado representa frente à totalidade das normas que convergem ao tema elucidada o tratamento despendido pelo legislador quando da construção do Código Civil de 2002 e torna patente o referencial de recepção dos anseios sociais.

### **4.3. O Código Civil de 2002 e a legislação pertinente**

Há que se salientar que a reprodução humana tem como consequência, no âmbito social nacional, o surgimento de efeitos jurídicos tanto para o nascituro quanto para o procriador.

Destarte, convém aqui definir o que vem a significar o termo ‘filiação’ dentro do aspecto legal, e nesta perspectiva, as palavras de Sílvio Luiz Ferreira da Rocha são de notável valor, senão vejamos:

A relação parental que se estabelece entre pais e filhos é a mais importante. Diz-se filiação o vínculo que liga o filho aos seus pais, paternidade o vínculo que liga o pai ao filho e maternidade que liga a mãe ao filho. A maternidade é certa; a paternidade, até bem pouco tempo, incerta, razão pela qual foi estabelecido um conjunto de presunções para determiná-la (ROCHA, 2003, p. 150).

O efeito jurídico da filiação é consequência natural da procriação (WALD, 2004, p. 177). Por esta razão, a Constituição Federal implicitamente determinou que aqueles que biologicamente eram filhos fossem juridicamente considerado como tais, pois até então, não poderiam ser equiparados iguais. Significa dizer que não mais se importa com a qualidade ou caracteres que possam vir a discriminá-lo.

Esta inovação trazida ao ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 no que se refere aos filhos oriundos ou não da relação do casamento, ou por adoção, determina que todos estes detém os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação no ato do registro público, o qual é o assento público de nascimento a pessoa.

Como consequência do novo posicionamento do constituinte de 1988, por meio da Lei 7.841, de 17/10/1989, deu-se a revogação do art. 358 do Código Civil de 1.916, que vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. Assim, possibilitou-se o reconhecimento de filho em qualquer condição, seja no termo do nascimento, seja por escritura pública, ou por testamento, que são formas únicas de reconhecimento voluntário a que se referia o art. 357 do Código Civil de 2002.

Para a filiação civil, que é aquela resultante da adoção e que outrora foi considerada também como ilegítima, deu-se o mesmo *status* de filho natural, inclusive para efeitos sucessórios.

Vale esclarecer, no entanto, que essa distinção não mais existe em nosso vigente Código Civil. A primeira importante alteração efetivada pelo novo Código foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava da filiação legítima, e agora, mais abrangente, trata simplesmente da filiação, utilizando-se de um termo genérico. Tal alteração reflete a determinação constitucional do art. 227, § 6º, no sentido de se afastar a incidência de qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

A filiação pode ser provada pelo Registro Civil ou por sentença judicial em ação própria, seja ação de investigação ou ação negatória de paternidade, sendo que as ações de estado são aquelas em que as partes reivindicam ou denegam a existência de uma qualidade jurídica referente à filiação.

Além de juridicamente iguais, os filhos, hodiernamente, têm assegurado especial atenção da ordem constitucional, onde se concede a plena proteção dos direitos fundamentais respectivos.

Em consonância com o que se afirmou, tem-se como exemplo o art. 1.596 do novo Código Civil, que recepcionou integralmente o comando constitucional que obsta qualquer tipo de discriminação dirigida à filiação, determinando que *“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”*

O primeiro dispositivo deste Capítulo reproduz integralmente o conteúdo do texto constitucional do seu art. 227, § 6º, acrescendo-se, no entanto, no Código Civil de 2002, maior número de hipóteses de presunção de concepção.

No entanto, convém mencionar que o Código Civil de 1916 marcava a existência de diferenças entre filhos considerados legítimos e ilegítimos, esta última com várias “espécies” de filhos, quais sejam, naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos.

Os filhos ilegítimos naturais eram aqueles oriundos de relação entre pessoas sem impedimentos legais para o casamento. Já os filhos ilegítimos espúrios, que compreendiam os filhos adulterinos e os filhos incestuosos, se referiam aos filhos advindos de uniões entre pessoas que possuíam algum tipo de impedimento legal para o matrimônio.

Os filhos ilegítimos adulterinos eram os que tinham ao menos um dos pais casados e,

no entanto, eram concebidos por terceira pessoa estranha ao matrimônio daquele, ou, um dos pais encontrava-se casado com terceira pessoa.

Já os filhos ilegítimos incestuosos eram aqueles que resultavam das relações entre parentes próximos e que estivessem proibidos de se casarem, de acordo com o art. 183, incs. I a V do Código Civil de 1916.

É importante frisar aqui que a mudança de paradigmas oferecida pelo advento da Constituição Federal de 1988 proporcionou o resguardo de uma garantia inestimável no âmbito familiar: a igualdade de filiação, onde não se permite mais qualquer tipo de designação discriminatória no que se refere aos filhos, independente de qual for a sua origem.

#### **4.4. Reprodução assistida e filiação no Código Civil de 2002**

Seguindo-se os consectários legais do Código Civil de 2002, encontram-se disposições referentes à reprodução assistida, notadamente em seu artigo 1597. Porém, como dito anteriormente, uma visão geral do capítulo pertinente favorece o entendimento dos mecanismos legais vigente no âmbito da legislação ordinária, ou seja, a referência legislativa das demais leis especiais, que são criadas posteriormente, visando dirimir lacunas ou situações não previstas no Código Civil. Segundo Maria Cláudia Brauner:

A medicalização da reprodução humana é um dos grandes temas que suscita a discussão no âmbito da Bioética e do Biodireito, tendo em vista que as modernas técnicas de reprodução humana podem oferecer a maternidade tanto às mulheres estéreis, quanto àquelas que já atingiram a menopausa, mulheres lésbicas e, mesmo, a chance de maternidade às mulheres virgens. Tendo havido a quebra da tradição histórica e social da maternidade ao se separar a reprodução da sexualidade e ainda, a desvinculação da maternidade dos limites e imposições traçados pela tradição e biologia humana, houve a revalorização da maternidade enquanto vocação do feminino. Além disso, a ciência possibilita intervir nas características genéticas e na escolha do sexo dos filhos, fato que põe em primeira ordem o desejo e preferências da futura mãe (BRAUNER, 2005).

Existem duas formas principais de reprodução assistida aplicáveis na atualidade, quais sejam, a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*. Existe ainda uma terceira técnica que, segundo Eduardo de Oliveira Leite, “*consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe*”, ou, em outras palavras, a maternidade de substituição, ou, “mãe de aluguel” (LEITE, 1995, p. 65).

Segundo Elio Sgreccia, inseminação artificial é o ato de inserir o sêmen no corpo da

mulher de forma artificial, com a utilização de seringa (via transabdominal) cateter (por via transvaginal). Essa introdução artificial pode ser feita de duas maneiras: quando o sêmen é do esposo, trata-se de inseminação homóloga; quando ocorre infertilidade também do esposo, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga (SGRECCIA, 2002).

A segunda técnica de fecundação artificial é a transposição dos dois gametas – o óvulo e sêmen – para dentro do corpo da mulher, determinando-se a transferência dos gametas para dentro das trompas. Depois de provocar a ovulação, usa-se uma seringa para aspirar dois óvulos; em seguida, aspira-se uma bolha de ar e, então, os espermatozóides previamente preparados, usando a mesma seringa. Separados pela bolha de ar, os dois óvulos, às vezes três, são inseridos numa trompa e se encontram com os espermatozóides dentro do corpo da mulher.

Outra técnica de fecundação artificial é a *fecundação extracorpórea*, que se concretiza em laboratório, comumente conhecida como “bebê de proveta”, ou FITE (fecundação *in vitro* com transferência de embriões), onde a mulher é submetida à estimulação hormonal forçada, para que produza de uma só vez entre oito e dez óvulos. Depois, preservam-se esses óvulos, que não se sabe se são maduros e sadios, pois foram produzidos forçadamente. Eles são levados para o laboratório numa pequena bacia, que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher.

A presunção de concepção é um aspecto da presunção de paternidade, conhecida doutrinariamente como presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que significa que se presume filho aquele concebido na constância do casamento dos pais.

O Código Civil de 1916, em seu art. 317, determinava a regra da presunção da paternidade dos filhos quando concebidos na constância do casamento. Mas, sendo a concepção de data desconhecida, o art. 338 também a presumia.

No entanto, a Lei nº 8.560/92 revogou o art. 337 do Código Civil de 1916 por se referir ele à filiação legítima, expressão proscrita pelo art. 227, § 6º da Constituição Federal.

Convém observar que essa revogação deixou o sistema imperfeito, truncado, pois o art. 338 falava em presunção de concepção, mas não dizia o que fazer com tal presunção, e nem mesmo em outro qualquer dispositivo o dizia. No Código Civil de 2002 este sistema permanece, sendo interessante notar que o legislador persistiu no rigor das presunções estabelecidas em benefício da paternidade dos filhos concebidos durante a constância do casamento, senão vejamos:

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

Entretanto, o artigo em comento, mesmo tendo reproduzido parcialmente a regra do art. 338 do Código Civil, representa grande inovação no tocante aos incs. III, IV e V, que tratam respectivamente dos filhos concebidos por fecundação artificial homóloga, mesmo na hipótese em que o marido já esteja falecido, dos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e dos filhos obtidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Abordando essa temática, Marco Antônio Boscaro aduz:

Por isso, a determinação da paternidade – e mesmo da maternidade – de crianças geradas dessa forma tem causado perplexidade e ainda não encontrou uma adequada disciplinação legislativa em nosso país.  
 A mais simples dessas técnicas e de pioneiro emprego é a que consiste na inseminação artificial, a qual se divide em homóloga e heteróloga.  
 A primeira dela se dá quando o sêmen do próprio marido ou companheiro da mulher é utilizado e, então, não há qualquer problema quanto à determinação da paternidade da criança assim gerada, mesmo que essa inseminação tenha se dado contra a vontade ou sem autorização expressa desse homem. Contudo, se utilizado sêmen de um doador, o que caracteriza a inseminação heteróloga, tem-se que, do ponto de vista biológico, esse será o pai da criança (BOSCARO, 2002, p. 89).

Assim, deve se entender que enquanto a inseminação artificial homóloga vem a ser a obtenção da fecundação com a utilização do sêmen do marido, a inseminação artificial heteróloga é a que é realizada em mulher casada com sêmen de terceiro, ou seja, não o do marido.

N'outro foco de análise, Orlando Soares sintetiza a sistemática do Código Civil de 2002 no que se refere à temática do artigo em comento com grande maestria, senão vejamos:

Em suma, segundo a sistemática do Código Civil de 2002, há presunção *juris tantum* (que admita prova em contrário) da legitimidade dos filhos nascidos no âmbito do casamento (arts. 1.597, I a V, e 1598).  
 Todavia, como essa presunção não é absoluta, ou seja, *juris et de jure*, abre o referido Código exceção à mesma, possibilitando ao marido contestar a legitimidade dos filhos, ou apenas de um, através do meio processual próprio: a ação negatória de paternidade.

Por sua vez, dispõe o art. 1.601, do Código Civil de 2002, que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível (SOARES, 2004, p. 420).

Caio Mario da Silva Pereira complementa estes ensinamentos, aduzindo:

A “imprescritibilidade”, expressamente declarada no Código de 2002, é fruto da conquista doutrinária e jurisprudencial, sobretudo, após a Carta Constitucional de 1988. Declara o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (PEREIRA, 2004, v. 5, p. 322).

Há que se abordar, ainda, as hipóteses em que se demonstra a possibilidade da ocorrência de conflito de presunções de paternidade quando um filho tem, presumidamente pela lei, mais de um pai. Tal hipótese foi disciplinada pelo artigo 1598, o qual enuncia que *“salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.”*

O conflito de presunções de paternidade quando um filho se dá especialmente nos casos em que a mulher se casa novamente logo após tornar-se viúva, em infração ao impedimento do art. 183, inc. XIV, do Código Civil de 1916, que tem como correspondente o art. 1.523, inc. II, do Código Civil de 2002.

Neste exemplo, poder-se-ia pensar que o filho presumivelmente seria fruto do casamento vigente, mas, no entanto, há casos em que o filho é concebido pelo primeiro marido, quando ainda em vida. Então se estabelece aquilo que os romanos chamavam de *confusio sanguinis* ou *turbatio sanguinis*.

Nestes casos, a utilização da técnica do exame de DNA tem sido a saída mais segura para a aferição da paternidade na qual se estabeleceu a dúvida. O exame de DNA tem demonstrado o alcance da confiabilidade do nosso sistema jurídico de forma majoritária, notadamente nas instâncias superiores de julgamento, senão vejamos, a título ilustrativo:

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PERÍCIA TÉCNICA: EXAME DE DNA.** A falibilidade humana não pode justificar o desprezo pela afirmação científica. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para tanto. Assim, se os motivos apresentados não estão compatíveis com a realidade dos autos há violação do

art. 131 do CPC. Modernamente, a ciência tornou acessíveis meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com que o art. 145 do CPC está violado quando tais meios são desprezados com supedâneo em compreensão equivocada da prova científica. Recurso conhecido e provido, em parte. REsp 97148/MG – Rel. Min. Waldemar Zveiter – Terceira Turma – Julgado em 20/05/97, DJU de 08/09/1997, p. 42492.

Note-se, no entanto, que a segunda parte do dispositivo que prescreve “*do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597*”, torna-se despiciendo, pois neste caso não se terá mais conflito de presunções, sendo óbvio que o filho só poderá realmente ter por presumido pai o segundo marido da mãe. A solução da lei em caso de conflito dessa natureza, portanto, é presumir a paternidade do primeiro marido, sempre, com a ressalva da possibilidade de se provar em contrário.

Arnaldo Rizzardo é incisivo na análise deste artigo, senão vejamos:

A impugnação é ensejada, pois, pelo nascimento de filho depois do lapso de trezentos dias que transcorreu da viuvez ou dissolução da sociedade conjugal. Em verdade, desde que se passe o período de duzentos e setenta dias, surge forte o indício de que o ex-marido ou ex-companheiro não respondem pela paternidade. Mais minudente, o art. 340 do Código de 1916 trazia a eventualidade de o marido se achar fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais de trezentos, que houverem precedido ao nascimento do filho (RIZZARDO, 2004, p. 425).

Noutro enfoque, relacionando-se à questão da reprodução assistida de maneira reflexa, a hipótese de impossibilidade de gerar filhos por parte do pólo paternal também foi contemplado pelo Código Civil de 2002, a qual é regulamentada em seu artigo 1599, que determina que “*A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.*”

Trata-se de outra inovação trazida pelo Código Civil de 2002, que é admitir a impotência *generandi* como causa para refutar a presunção de paternidade.

No Código Civil de 1916, o art. 342 (“*Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho.*”) transmitia a idéia que só a impotência *coeundi*, conhecida doutrinariamente como impotência instrumental, era causa para a contestação de paternidade. Porém, no Código Civil de 2002, o art. 1.599 é expresso em permitir a prova da impotência do cônjuge para gerar, não sendo requisito que essa impotência seja absoluta.

Vale lembrar, no entanto, que a impotência *couendi* não impossibilita a realização da inseminação artificial de natureza homóloga, razão pela qual a simples alegação de

impotência instrumental não é o bastante para contestar a paternidade.

Nestes termos, imagine-se a hipótese em que um marido que se submete ao método conceutivo artificial homólogo e, confirmada a concepção de sua esposa, resolva contestar a paternidade alegando impotência *couendi*; neste caso, a solução certamente se dará por meio da realização de exame de DNA para o esclarecimento do possivelmente alegado, sem prejuízo das provas acerca de uma possível realização da inseminação artificial.

Constata-se neste artigo que a previsibilidade sobre situações resultantes do emprego de reprodução assistida foi evidentemente considerada quando da elaboração da referida norma, notadamente no que se refere à inseminação artificial homóloga, o que não ocorreu em relação a outras hipóteses possíveis de ocorrência.

Além das hipóteses pautadas em critérios particulares aos cônjuges para a presunção legal da paternidade, ainda contemplou-se no artigo 1.600 o eventual adultério praticado pela mulher, onde se determinou que dada a sua ocorrência, esta não seria suficiente para eliminar a presunção legal de paternidade nos moldes elencados pelo novo Código Civil. Assim se pronuncia o Código Civil em seu artigo 1600: “*Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.*”

Este artigo transmite, de forma bem direta, o que o legislador pretendeu alcançar: a regulamentação da presunção de paternidade e a ampliação dos meios probatórios nas ações negatórias de paternidade. Neste sentido, veja-se as palavras de José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabella Guimarães:

Ainda que insistindo na tônica do rigor das presunções estabelecidas em benefício da paternidade dois filhos concebidos na constância do casamento, como se vê do dispositivo do presente artigo, o adultério da mulher, mesmo confesso, ou notório, só poderá servir de prova complementar para contestar a presunção de que é seu o filho de sua mulher. É intuitivo que, apesar de ser promíscua, bem se mostra possível que coabitando com o marido e com ele se deitando, o filho concebido pela adúltera seja gerado por ele. Reitera-se ainda uma vez que a prova convincente para ilidir a presunção da lei será o DNA. (LOURES; GUIMARÃES, 2003, p. 696-697).

Assim, mais uma vez o legislador demonstrou que os valores acerca dos novos padrões sociais estabelecidos no âmbito do relacionamento familiar foram recepcionados de maneira a abarcar as possibilidades visíveis no campo social. O adultério realizado pela mulher deixou de ser algo “condenável”, suscetível de aplicação de Lei Penal, para ser regulamentado pela Lei Civil, de maneira a garantir a exatidão na paternidade eventualmente ocorrida.

De acordo com o artigo 1.601 do Código civil de 2002, “*cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.*” Em outras palavras, a paternidade mantém-se como o foco central do estabelecimento da filiação havida na constância do casamento, pertencendo, conseqüentemente, ao pai a iniciativa de contestar a paternidade:

Convém salientar que o artigo 1.601 vem sendo alvo de muitas críticas doutrinárias e tem gerado uma enorme polêmica em torno de sua disposição, no que se refere à imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade.

No Código Civil de 1916, no art. 178, §§ 2º e 3º, inc. I, previa-se o prazo decadencial de 2 ou 3 meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe, a contar da data do nascimento da criança. No Código Civil de 2002, a ação de contestação da paternidade foi consignada como imprescritível.

A imprescritibilidade foi acrescida na Câmara dos Deputados, uma vez que não constava do projeto original do Código Civil de 2002, e nem do texto examinado e estabelecido pelo Senado Federal.

O fundamento para a modificação da disposição pretérita pautou-se e uma comparação feita com o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que prevê a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade nas seguintes palavras: *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.*

A alteração, considerada por muitos como inadmissível, vem a trazer uma situação de insegurança pois, de acordo com o artigo ora analisado, um filho pode ter sua paternidade contestada judicialmente depois de muitos anos de convivência, o que revela uma possibilidade paradoxal.

No entanto, pode ser justificável a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade ao atender a busca da verdade real nas ações relativas ao estado de filiação, complementada hodiernamente pelas modernas técnicas científicas de aferição da paternidade disponibilizadas para tal finalidade.

Deve-se observar com atenção no que se refere à legitimidade para a propositura da ação negatória de paternidade, que tem caráter personalíssimo.

Significa dizer que, caso um homem venha a morrer, sua família, ou melhor, seus herdeiros, jamais poderão ingressar com ação negatória de paternidade em face de um filho concebido fora do lar conjugal e que tenha sido reconhecido pelo *de cujus* sem o conhecimento da família, mas, tão-somente, poderá contestar uma eventual ação de investigação e reconhecimento da paternidade, proposta após a morte do suposto pai, sendo citados na condição de herdeiros, para respondê-los.

Nesta linha de raciocínio, o parágrafo único deste artigo faz uma ressalva expressa, afirmando que após a contestação da filiação em ação negatória de paternidade, os herdeiros do impugnante terão direito de prosseguir na ação, ou seja: os herdeiros do impugnante poderão continuar a ação negatória, desde que proposta regularmente pelo genitor insurgente, caso este venha a falecer no curso da ação.

Ainda tratando sobre paternidade, o Código Civil demonstra maior ênfase aos temas afetos a paternidade, e disciplina que “*Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.*”

Com essência correlata com o art. 1.600, este artigo torna relativa a confissão materna como prova a ser utilizada em ações concernentes ao estado de filiação.

Tal confissão refere-se aos casos de confissão de adultério, o que por si só pode revelar um caráter vingativo por parte da mulher em relação ao marido, razão pela qual a simples confissão de adultério feita pela mulher não é admitida como prova única capaz de fundamentar uma sentença que julga procedente uma ação negatória de paternidade apresentada pelo marido traído.

Destarte, manteve o Código Civil de 2002 as linhas gerais de tratamento da matéria em relação ao Código Civil de 1916, tanto para a insuficiência do adultério (art. 1.600) como para a confissão do adultério (art. 1.602) como fundamento para a exclusão da paternidade, mesmo porque, em termos de prova, existem diversos exames científicos para complementar a prova, *v.g.*, o exame de D.N.A., do H.L.A, etc.

Porém, na continuidade da análise dos artigos referentes à filiação, convém de antemão esclarecer que o artigo 1603, determina que “*A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.*”, e estabelece a regulamentação sobre a “prova do estado de filiação”, que se efetiva por meio de certidão emitida por Cartório Público de Registro Civil.

Numa primeira análise, há que se distinguir a prova da filiação com a prova do “estado” de filiação.

O primeiro se dá por meio das presunções legais ou por exames clínicos (DNA ou HLA), enquanto o segundo refere-se tão somente à prova documental que situa o ente humano perante a sociedade no que concerne à sua relação de parentesco.

A certidão do termo de nascimento devidamente registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais representa a prova específica do nascimento, da idade, da identidade e da filiação da pessoa, servindo de prova para qualquer caso em que haja divergência acerca do estado de filiação, por exemplo, para instruir uma ação de contestação da paternidade.

Neste assento, nos termos do art. 107, *caput* e § 1º da Lei n.º 6.015/73 – Lei de Registros Públicos - devem ser anotados o casamento e o óbito da pessoa, bem como a mudança do nome em razão de casamento, separação judicial ou divórcio, e nos casos de emancipação, interdição e de declaração de ausência.

Sobre o mesmo tema, assim se pronuncia o *caput* do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no Registro Civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

(...)

§2º - O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotando.

§3º - Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro.

Destarte, a criança adotada terá um novo assento de nascimento, e terá o seu registro anterior cancelado. Para Caio Mário da Silva Pereira:

Quando ocorre a necessidade de provar o seu status, a pessoa terá de valer-se do sistema que a lei criou. Por via de princípio, prova-se a paternidade com a certidão extraída do Registro de Nascimento, que evidencia tudo aquilo que o Oficial de Registro insere no Assento: data do parto, maternidade, paternidade, se a mãe é casada, sexo, lugar, data do registro, número e demais circunstâncias previstas em lei. Outras indicações não se provam pelo Assento de nascimento, como sejam, a identidade do filho, a celebração do casamento dos pais (PEREIRA, 2004, v. 5, p. 324).

Em relação ao conteúdo deste artigo, o legislador deixou de contemplar a forma que se dá a prova do estado de filiação na hipótese de ocorrência da situação em que um casal, por exemplo, onde ambos sejam dotados de impotência *generandi* e comprovadamente impedidos de procriar, resolvem recorrer à fecundação heteróloga e ainda, à gestação empregando-se o método conhecido por “mãe de aluguel”, com a utilização de óvulos e sêmen de doadores, hipótese em que não se conhece a identidade dos doadores ante as implicações éticas e legais.

Nesta hipótese, o casal se separando judicialmente algum tempo depois da concepção, e o marido contestando a paternidade do resultado dessa “encomenda”, verificar-se-á que não houve nenhum vínculo genético entre o filho e o casal.

Como exemplo similar e que vislumbra potencialidades existentes, haja vista que o ocorrido se deu recentemente nos Estados Unidos da América, tem-se o caso já mencionado da menina *Jaycee*, a qual ficou conhecida como “órfã de ninguém”. Enquanto o Tribunal do Estado da Califórnia declarou-a como “criança sem pais”, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por obrigar o marido a assumi-la legalmente.<sup>3</sup>

Convém lembrar que não seria aplicável a fundamentação das razões que levaram a Suprema Corte dos Estados Unidos a decidir neste sentido, uma vez que o sistema jurídico dos Estados Unidos da América comporta o direito consuetudinário (baseado nos costumes e nos precedentes judiciais), enquanto que o sistema brasileiro, os costumes e os precedentes judiciais possuem tão-somente força argumentativa. Por esta razão, o sistema jurídico pátrio necessitaria de ampliação neste particular, lançando norma(s) que tornariam previsíveis situações similares ou correspondentes.

Com disposição literal idêntica ao art. 348 do Código Civil de 1916, que estava inserido no capítulo intitulado “Da Filiação Legítima”, capítulo este abolido pelo Código Civil de 2002, o referido artigo 1.604, que contém a determinação “*Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*”, trata da hipótese em que o filho pretenda contestar seu estado de filiação contido em seu registro de nascimento, ou até mesmo a iniciativa de terceiros neste sentido.

Assim, este artigo em análise é expresso ao obstar a intenção de desconstituir o que consta do assento de nascimento, com as exceções previstas, quais sejam, nas hipóteses em que seja provado o erro na elaboração e constituição do documento, ou, a falsidade do próprio assento.

No entanto, há que se sopesar a hipótese em que uma pessoa, tomando conhecimento de que é nascida a partir da utilização da reprodução assistida na modalidade heteróloga, resolva não admitir o vínculo de parentesco com aquele que a recepcionou como pai. O artigo prevê esta hipótese?

Pelo que se observa, a norma tem natureza proibitiva, impedindo todas as hipóteses

---

<sup>3</sup> Fonte: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio10v1/Artjornalmed.doc>

existentes que não sejam as que se provarem que ocorreram por erro ou falsidade do registro.

No entanto, há ainda que se imaginar a hipótese de rejeição por parte deste mesmo ente paterno em relação à pessoa nascida a partir do emprego da reprodução assistida na modalidade heteróloga, como exemplo, no caso em que não ocorra o estabelecimento natural do vínculo de afetividade, ou, ocorra a falta de identificação com liame que se esperava obter.

Por fim, tais ocorrências podem ocorrer com mais frequência quando o marido, depois de submeter-se à reprodução heteróloga, venha a conseguir procriar a partir de métodos naturais de concepção. Deduz-se que aquele filho havido com a utilização de material genético de terceira pessoa estaria colocado em situação de sério risco de rejeição pessoal por parte do pai.

No entanto, mesmo que haja rejeição de ambas as partes, a norma, como mencionado anteriormente, tem natureza proibitiva, obstando a simples negação da paternidade por razões que não sejam erros materiais ou falsificações comprovadas no registro de nascimento.

Em continuação, no artigo 1.605 (“*Poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito...*”), com disposição quase idêntica ao art. 349 do Código Civil de 1916, substituiu-se, no *caput*, o termo “filiação legítima”, antes utilizado, pelo termo “filiação”, hodiernamente utilizado com a finalidade de excluir da legislação infraconstitucional qualquer expressão de discriminação relativa ao estado de filiação.

Refere-se o artigo à admissão de provas supletivas, ou seja, aquelas provas que possam suprir uma eventual ausência de meios diretos e evidentes de se comprovar o estado de filiação. Assim, também manteve o Código Civil de 2002 aos contornos de tratamento da matéria em relação ao Código Civil de 1916, seja quanto a determinação da prova da filiação pela certidão de nascimento (art. 1.603), que só pode ser excluída provando-se erro ou falsidade do registro (art. 1.604), suprimindo-se por qualquer meio em caso de falta ou defeito do assento de nascimento, nos termos do art. 1.605.

Reiteram-se as reflexões realizadas no artigo anterior, notadamente do que diz respeito à hipótese lançada. Porém, verifica-se que o legislador deixa aberta a possibilidade de empregar-se qualquer prova que seja passível de utilização no Direito, mormente quando os pais possam produzir “... *prova por escrito ... conjunta ou separadamente*”, ou quando “*existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos*” para fins de provar-se a filiação.

Importante frisar que o artigo 1.606 tem implicações acentuadas quando transpostas às

hipóteses de incidência da reprodução assistida, ao determinar que “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.”

O Código Civil de 2002, nos mesmos termos do Código Civil de 1916, atribuiu neste artigo exclusividade do filho como detentor da legitimidade ativa para a propositura da ação de prova de filiação enquanto estiver vivo, ou, se vier a falecer, o comando possibilita a transmissão da ação proposta aos seus sucessores, que poderão continuá-la, resguardada a hipótese em que a ação originária tenha sido julgada extinta, por qualquer um dos motivos previstos no artigo 267 do Código de Processo Civil (extinção do processo sem julgamento de mérito), ou seja, que sejam pertinentes, ou seja, que venham a incidir sobre a ação de investigação de paternidade.

Aqui, esclarecedor é o tratamento despendido por José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabella Guimarães, quanto à natureza da ação de filiação:

A ação de filiação tem caráter declaratório, tocando ao filho ou filha não reconhecidos. É direito personalíssimo, somente por ele ou por ela podendo ser exercido.

Enquanto menores, tal faculdade será por eles exercida por seus representantes legais, sendo assistidos, se relativa a sua incapacidade. Sendo embora personalíssimo, o direito de postular a ação de reconhecimento da filiação, ou ação de estado, poderá ser exercido pelos herdeiros do suposto ou pretenso filho, se falecer ele enquanto menor ou interdito. Todavia, iniciado por ele a ação, do mesmo modo poderão seus herdeiros continuá-la, quando morto o autor, a não ser que o processo tenha sido extinto por uma das causas do artigo 267 do Código de Processo Civil (LOURES; GUIMARÃES, 2003, p. 699).

Por fim, é de suma importância ressaltar que o ato a ser perpetrado pelos filhos interessados na ação de filiação ‘será por eles exercida por seus representantes legais, sendo assistidos, se relativa a sua incapacidade.’ Isto significa dizer que enquanto os filhos tiverem de 0 a 16 anos de idade, sua incapacidade para praticar atos da vida civil é absoluta, razão pela qual deverão ser ‘representados’ por seus genitores ou representantes legais para a propositura da ação de filiação. No entanto, se estiverem na faixa etária compreendida entre 16 e os 18 anos de idade, sua incapacidade será relativa, ocasião em que os mesmos deverão ser ‘assistidos’ por seus genitores ou representantes legais, pois deverão intervir pessoalmente no ato.

Como continuidade à análise empreendida sobre o conteúdo do Código Civil de 2002

aos artigos referentes à filiação, adentra-se ao Capítulo III do Livro IV, que trata do reconhecimento dos filhos. Este capítulo do Código Civil de 2002 traz inovações que abrangem uma mudança paradigmática de vários anos no tocante ao reconhecimento de filiação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, através do comando do art. 227, § 6º, o instituto do reconhecimento dos filhos sofreu reflexo substancial, uma vez que a Constituição Federal de 1988 aboliu expressões de cunho discriminatório relativos aos filhos suscetíveis ao reconhecimento.

A partir deste momento histórico, houve uma sucessão de leis que incidiram diretamente sobre a questão da filiação, especialmente sobre o reconhecimento dos filhos. Neste sentido, tem-se o artigo 26 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente -, que assim fora expresso:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Analisando o artigo referido, Washington de Barros Monteiro faz o seguinte comentário sobre as modificações sofridas em relação ao Código Civil de 1916:

Entretanto, algumas modificações foram introduzidas no texto novo que não mais aludiu a filho ilegítimo, como os anteriores. Presentemente, todos os filhos, sem nenhuma qualificação específica, poderão ser reconhecidos, quer sejam simplesmente naturais ou espúrios (adulterinos ou incestuosos) (MONTEIRO *In*: CURY; SILVA; MENDEZ, 2000, p.104).

Posterior ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 veio regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, onde se reforçou a idéia transmitida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de abolir-se qualquer designação discriminatória referente à filiação.

O Código Civil de 2002, em seu Livro IV, Título I, Capítulo III, trata do reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, determinando que “*O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.*”

Sobre o reconhecimento dos filhos e a natureza jurídica do ato de reconhecimento, vale transcrever a lição de Maria Helena Diniz:

O reconhecimento vem a ser o ato que declara a filiação havida fora do

matrimônio, estabelecendo, juridicamente, o parentesco entre pai e mãe e seu filho. Não cria, portanto, a paternidade, pois apenas visa a declaração de um fato, do qual o direito tira conseqüências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo conseqüências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco (DINIZ, 2002, v. 5, p. 388).

Ainda sobre o ato de reconhecimento da filiação, importante abordagem é feita por Mário Aguiar Moura, *in verbis*:

Dentro da teoria geral dos fatos jurídicos <<lato sensu, o reconhecimento deve ser posto na espécie do ato jurídico <<stricto sensu>>. Este, juntamente com o negócio jurídico, se insere nos atos dependentes da vontade humana. Distingue-se do negócio jurídico, porém, no que respeita aos efeitos. No ato jurídico <<stricto sensu>>, os efeitos são cogentemente impostos pela lei. A vontade das partes, via de regra, apenas atua na formação ou na criação do ato. No negócio jurídico, a vontade das partes auto-regula os efeitos que lhes apetece, como regra.

No Direito de família, onde a intervenção estatal se faz presente em larga escala, prevalecem os atos jurídicos <<stricto sensu>>. As partes não são livres para extraírem efeitos que se choquem com os que previamente se contêm nas normas operativas próprias. Pelas próprias características, o reconhecimento jamais poderia ser enquadrado nos negócios jurídicos. Será ato jurídico <<stricto sensu>> (MOURA, 1979, p. 234-235).

Essa temática também é trabalhada por Caio Mário da Silva Pereira, que complementa o raciocínio com o seguinte entendimento:

Dentro de nossa concepção do que seja negócio jurídico (...), o ato de reconhecimento, posto que voluntário, deve qualificar-se como ato jurídico *stricto sensu*, e não como negócio jurídico em acepção técnica ou estrita. Intrinsecamente considerado, o reconhecimento não constitui apenas uma confissão ou declaração (*Wisenserklärung*), pois que ele contém em si a afirmação e a prova do fato biológico da paternidade, que produzirá o efeito de criar a relação jurídica respectiva quando concorrem os demais requisitos legais (PEREIRA, 1997, v. 5, p. 192).

O reconhecimento de filiação se dá em duas modalidades: voluntária ou judicial. Voluntária é a modalidade de reconhecimento da filiação fundada em ato volitivo espontâneo por parte de quem reconhece (o que pressupõe a existência de capacidade civil para a prática de tal ato), devendo necessariamente atender às exigências do art. 1609 do Código Civil de 2002.

São atributos característicos do reconhecimento de filiação a irrevogabilidade, a irrenunciabilidade, a indivisibilidade, a incondicionabilidade, a retroatividade e a validade *erga omnes*, ou seja, é o meio legal que o pai, a mãe ou ambos revelam espontaneamente o vínculo que os liga à filiação, outorgando-lhe, assim, o *status* correspondente.

Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irrevogável ou irrevogável, por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade, apesar de poder vir a ser anulado se conter vício de vontade como erro, dolo ou coação, ou, se não observar certas formalidades legais; pode ser feito no próprio termo de nascimento, por escritura pública, por testamento cerrado, público ou particular, e por manifestação expressa por termo nos autos.

O reconhecimento de filiação judicial é a modalidade fundada na recusa do reconhecimento voluntário por parte de quem hipoteticamente deva reconhecer a filiação, razão pela qual se recorre ao poder jurisdicional do Estado para julgar a lide, ou seja, resulta da sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la.

Independente da forma como é realizado, o reconhecimento da filiação tem natureza declaratória. Assim, a filiação pode ser reconhecida pelos pais, conjunta ou separadamente. Aqui se trata de um reconhecimento duplo, pelo pai e pela mãe, em conjunto ou então cada um fazendo reconhecimento próprio. Não há muitas restrições ao reconhecimento pela mãe, pois ninguém melhor do que ela pode dizer que teve um filho.

O registro conterà o nome do pai ou da mãe quando qualquer deles for declarante (art. 60 da Lei dos Registros Públicos). Desta maneira, se o registro for feito pela mãe, o filho terá o sobrenome dela; se for feito pelo pai, o sobrenome dele.

Se o reconhecimento for feito pelo pai, há maiores exigências. Quando se tratar de filho advindo de relação extramatrimonial, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas (art. 59 da Lei dos Registros Públicos).

Em continuidade, o artigo 1.608 do Código Civil de 2002 (“*Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.*”) corresponde em sua integralidade ao art. 356 do Código Civil de 1916, e atende ao princípio *mater semper certa est*, que quer dizer:

A mãe é sempre certa. A maternidade se revela por sinais inequívocos. Já a paternidade legal se fixa em presunção, que se consubstancia no princípio *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ou seja, o pai é aquele que as núpcias demonstram. Pai é o marido da mãe (NEVES, 1997, v. II, p. 1.346).

Assim, no termo de nascimento, é possível que não conste o nome do pai, mas há de constar sempre o nome da mãe, salvo nos casos de abandono da criança pela mãe, e desde que

venha a se tornar impossível sua identificação.

A própria lei civil prevê que poderá haver fraude com referência à mãe, ou seja, alguém registrar em nome de uma mulher um filho que não é dela. Quando a maternidade constar do termo de nascimento do filho, a mãe só a poderá contestar provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Destarte, de acordo com a literalidade do artigo em comento, a ação negatória de maternidade deverá incidir sobre o termo de nascimento do filho, onde será necessária a comprovação de sua falsidade ou das declarações de seu conteúdo.

No entanto, uma lacuna que passou a existir no Código Civil de 1916, diz respeito à prova da maternidade da mãe que gera o filho com material biológico oferecido por terceiro, ou seja, nos casos em que são realizados a fertilização com o óvulo de outra mulher. Observando-se, todavia, que o período de vigência do referido Código compreendeu também as décadas de 70, 80 e 90, e tendo atravessado este período de inovações científicas infundáveis, o mesmo não foi alterado de forma a acompanhar os fenômenos sociais ocorridos, mas sim, aguardou-se a elaboração de um novo Código.

Neste caso, segundo o Código Civil de 2002, considera-se a doadora que, porventura, venha a intentar ação de reconhecimento de maternidade pautando-se tão somente no elemento biológico oferecido para a concepção, esta não poderá ter sua maternidade jurídica reconhecida, pois, da mesma forma que acontece na adoção, onde se renuncia o direito de filiação constituído até aquele momento, a mulher que oferece um óvulo para a fertilização *in vitro* para outra mulher sem qualquer ressalva, abdica-se também voluntariamente da maternidade jurídica.

É muito vaga essa situação e oferece larga aplicação. Por exemplo: um homem casado tem um filho extraconjugal, mas o registra em nome da sua mulher. Esta vem a saber e não será difícil negar a maternidade pois ela não gerou esse filho que lhe é atribuído. Mesmo assim fica restrito seu poder de argumentação; a única saída é provar que o registro foi fraudulento, e ainda lançar mão de prova pericial.(v.g., exame de DNA).

O artigo 1.609 (“*O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:...*”) tem como correspondente na legislação pretérita o art. 357 do Código Civil de 1916, que foi implicitamente revogado pela disposição do art. 26 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que posteriormente foi complementada pelo art. 1º da Lei nº 8.560/92, que acrescentou duas novas modalidades de reconhecimento de paternidade além

das existentes anteriormente, quais seja, o reconhecimento efetuado mediante escrito particular e o reconhecimento manifestado espontaneamente perante o Juiz, mesmo que a razão de sua presença diante da autoridade judiciária não seja o reconhecimento da filiação.

Quanto ao reconhecimento mediante escrito particular, que também foi estipulado no inciso II do art. 1º da Lei nº 8.560/92, este necessariamente deverá ser arquivado em cartório, e produzirá todos os efeitos em que o reconhecimento de paternidade resulta, pois, verifica-se que é um ato cercado de formalidades, assim como, da mesma forma, se dá no reconhecimento por escritura pública.

Neste caso, não se especifica qual o cartório, porém, tudo indica que seja o de Registro Civil, em que pese nada obstar que o pai reconhecedor do filho possa elaborar um escrito particular com firma reconhecida e registrá-lo em Cartório de Títulos e Documentos da Comarca, o que geraria os mesmos efeitos. Neste sentido, o jurista Arnaldo Rizzardo faz as seguintes considerações:

Pode-se acrescentar ainda uma quinta maneira de reconhecimento espontâneo, que é a introduzida pelo art. 2º da Lei nº 8.560. Ou seja, no registro apenas com a maternidade estabelecida, o escrivão remeterá ao juiz uma certidão do ato e das declarações da mãe do registrando, informando o nome do suposto pai, o endereço e quaisquer dados importantes. O juiz, no caso o diretor do foro, ou o da vara dos registros públicos onde houver, ou aquele que as leis de organização judiciária local indicarem, mandará formar um expediente, e determinará a ouvida da mãe. Após, marcará data para também ouvir o pai referido, ou estabelecerá um prazo a fim de que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. No caso de o mesmo confirmar expressamente a paternidade, lavra-se termo de reconhecimento, com a remessa da certidão ao oficial do registro, para a devida averbação. Se negada a paternidade, ou não comparecer na audiência, ou nada responder, o expediente irá ao Ministério Público, para fins de intentar a ação de investigação de paternidade contra o suposto pai (RIZZARDO, 2004, p. 440-441).

O art. 1.610 do Código Civil de 2002 (*O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento*) trata da irrevogabilidade do reconhecimento de filiação, tendo como comando respectivo na legislação anterior o art. 1º inc. III da Lei nº 8.560/92, e ressalta o caráter irrevogável até mesmo sobre o reconhecimento realizado em sede de testamento. Assim, o benefício que o artigo concede ao filho reconhecido nestes termos só pode ser obstaculizado por qualquer defeito que invalide o próprio reconhecimento em si, e não sendo necessário que seja invalidado o testamento, pois, o testamento é ato revogável, mas o reconhecimento não o é, subsistindo neste particular.

Neste sentido, salvo se o ato de reconhecimento estiver maculado por algum vício, o

mesmo persistirá irrevogável, mesmo com a invalidade do testamento, por tratar-se de confissão ficta. Isto significa dizer que pode ser suscetível de reconhecimento eficaz os casos de invalidação do testamento por não observação das formalidades legais para sua constituição.

Por outro lado, caso haja o reconhecimento de filho em testamento e o ente genitor supérstite não admitir tal reconhecimento, poderá, através de manifestação contrária ao disposto no testamento, comprovar a inexistência de filiação entre o *de cujus* e o reconhecido, como por exemplo, através do exame de DNA aliado à exumação do *de cujus*.

Mas, como o artigo somente faz uma ressalva quanto ao reconhecimento feito em testamento, importante ressaltar aqui que as demais hipóteses de reconhecimento existentes são passíveis de anulação, nas mesmas condições que ensejam a invalidade dos atos jurídicos.

Tendo como correspondente o art. 359 no Código Civil de 1916, o artigo 1.611 do Código Civil de 2002 apresenta grande similitude com aquele, mas, conforme já mencionado, a antiga designação referente à filiação utilizada, que era “filho ilegítimo”, foi abolida pela proibição constitucional a partir de 1988, razão pela qual se substituiu a terminologia neste comando.

No entanto, este artigo tem o propósito de preservar a harmonia conjugal no lar do cônjuge que reconheceu um filho extramatrimonial.

Assim, em havendo reconhecimento de filiação por parte de um dos cônjuges, esta originária de relação extramatrimonial, determina a lei que o filho reconhecido só poderá residir no lar conjugal com o consentimento do outro cônjuge.

Isso significa dizer que, por exemplo, se um homem vem a reconhecer a paternidade de um filho de 3 (três) anos de idade e houver estipulado em juízo com a mãe que a guarda lhe seria transmitida para a criação e educação da criança, somente com a anuência da mãe é que o filho reconhecido poderá residir na mesma casa. O mesmo ocorre no caso de reconhecimento de maternidade, onde a autorização para conceder a guarda à mãe caberá ao pai.

Este artigo apresenta forte discussão doutrinária no tocante à sua constitucionalidade, pois, uma vez que se visa assegurar a “paz conjugal”, colocam-se em detrimento os interesses e a proteção integral da criança e do adolescente, que em regra, possuem natural primazia diante de interesses de outras espécies, conforme se denota da abordagem feita pela Constituição Federal de 1988.

O artigo 1.612 do Código Civil vigente tem relação com o resguardo do princípio do melhor interesse da criança como referência na resolução dos conflitos familiares que sejam evidenciadas na regulamentação da guarda dos filhos.

Sua fonte constitucional está contida no art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988, com regulamentação especial no artigo 6º da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, este artigo demonstra ser relevante para a amenização dos conflitos familiares, pois, estabelece uma referência importante para a decisão do Juiz na demanda judicial entre os pais, na busca da guarda do filho reconhecido, dando primazia para a guarda da criança ou adolescente para o genitor que melhor atender aos interesses destes, conforme posicionamento já manifestado no art. 1.584 do Código Civil de 2002, nos casos de separação judicial ou divórcio.

É neste contexto que a guarda compartilhada revela-se, ainda que pouco utilizada em nosso país, uma modalidade de guarda de grande valia, notadamente no aspecto de diminuição do antagonismo ou adversidades de posicionamentos entre os pais em relação aos filhos comuns.

A guarda compartilhada ou conjunta (dupla custódia) vem sendo aplicada no Brasil com muita discrição, mesmo encontrando pleno respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não haja previsão expressa a respeito, uma simples análise sistemática demonstra a plena possibilidade da adoção desse modelo. Essa conclusão advém da simples interpretação dos arts. 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. O desejo de ambos os pais em compartilhar da criação da prole comum e desta de manter a comunicação com os mesmos fizeram surgir esta nova modalidade de guarda. Quando a guarda conjunta é adotada pelos genitores, a autoridade parental (conjunto de atribuições, direitos e deveres dos pais em relação aos filhos) passa a ser exercida conjuntamente, não somente por aquele que tem o convívio diário e mora na mesma residência (genitor possuidor). Não resta a menor dúvida, de que a substituição da guarda unilateral (definida em favor de um só dos cônjuges) que é uma forma já tradicional em nosso direito, pela guarda compartilhada, em muito contribuirá para a harmonização das tensões nas relações familiares (OLIVEIRA, 2001, p. 69-73).

Sendo este dispositivo correspondente ao art. 361 do Código Civil de 1916, o artigo 1.613 (*São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.*) destina-se a demonstrar os atributos característicos do reconhecimento de filiação, quais

sejam, a irrevogabilidade e a incondicionabilidade.

Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irretroatável ou irrevogável, por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade e determinar a incidência do estado de filho, apesar de poder vir a ser anulado se inquinado de vício de vontade como erro, dolo ou coação, ou se não observar certas formalidades legais.

Também não comporta condição para a aquiescência da filiação, nem em caráter resolutivo, nem suspensivo, e nem qualquer termo ou cláusula que pretendam reduzir ou modificar os efeitos legalmente admitidos. O entendimento de José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabella Guimarães é exposto da seguinte maneira:

A filiação é um estado, um modo de ser, que decorre do fato biológico resultante das simultâneas geração e concepção. Para que este fato biológico produza seus efeitos normais no mundo jurídico, mister se faz traduzi-lo na formal declaração do nascimento, quando se dá a público registro da paternidade e a maternidade. Acaso falte a iniciativa para tal registro, por uma ou por outra razão inconfessada, tal omissão pode ser suprida com o posterior reconhecimento da filiação pelo pai ou pela mãe. Tal reconhecimento representa uma confissão, portanto irretroatável; ao mesmo tempo define um estado, logo imutável, isto é, existe ou não existe. Por isso, mostra-se impossível fixar-lhe condição ou estabelecer-lhe termo, salvo a possibilidade de sua anulação, se incidente qualquer uma das causas previstas na lei para qualquer ato jurídico (LOURES; GUIMARÃES, 2003, p. 702).

O artigo 1.614, ao determinar que “*O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação*”, demonstra que, de acordo com a nossa legislação, o ato de reconhecimento de paternidade não é modalidade de ato unilateral, pois exige a anuência da pessoa que esteja sendo reconhecido, sendo maior ou menor no aspecto civil.

Desta forma, para que o maior seja definitivamente reconhecido, necessita-se que haja seu consentimento no sentido de aceitar ser reconhecido pelo seu pretense genitor, ou, contestar o reconhecimento alegado pautando-se em desacordo com o afirmado.

Tratando-se de menor o reconhecido, poderá fazer o mesmo, ou seja, contestar o reconhecimento, nos quatro (4) anos que se seguirem à maioridade ou à sua emancipação, por intermédio de ação judicial própria, nas vias ordinárias. Portanto, o filho menor reconhecido terá até os 22 anos de idade para impugnar o seu reconhecimento, salvo se foi emancipado por uma das formas previstas no parágrafo único do art. 5º, incs. I *usque* V, quando o prazo conta-se da data da efetiva emancipação.

Este prazo possui natureza decadencial no tocante à impugnação que visa tão somente

contestar o reconhecimento.

No entanto, em sendo o caso de ação que tem por escopo comprovar a falsidade do registro civil e, por conseqüência, pleiteando-se sua anulação, o prazo não fica condicionado à maioridade ou à emancipação, pois neste caso a ação é imprescritível, como, por exemplo, os casos de crianças subtraídas de maternidades de hospitais e somente localizadas e identificadas longos anos depois, com declaração falsa de filiação que, diga-se de passagem, fato corriqueiro em nosso país.

Sobre a legitimidade para contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade, o Código Civil de 2002 realçou o alcance da norma, demonstrando que a possibilidade de anseios sociais são passíveis de atendimento a partir da utilização de uma postura receptiva quanto aos novos contornos da realidade social a que está submetido o senso receptor dos fatos sociais, senão vejamos:

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Conforme já analisado, o artigo 1.601 vem sendo alvo de muitas críticas doutrinárias e tem gerado uma enorme polêmica em torno de sua disposição, no que se refere à imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade.

No Código Civil de 1916, no art. 178, §§ 2º e 3º, inc. I, previa-se o prazo decadencial de 2 ou 3 meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe, que por presunção era o pai da criança. Agora, no Código Civil de 2002, a ação de contestação da paternidade foi consignada como imprescritível.

O fundamento para a modificação da disposição pretérita pautou-se e uma comparação feita com o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que prevê a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, nos seguintes termos: *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.*

A alteração, considerada por muitos como inadmissível, vem a trazer uma situação de insegurança, pois, de acordo com o artigo ora analisado, um filho pode ter sua paternidade contestada judicialmente depois de muitos anos de convivência, o que nos revela uma possibilidade paradoxal.

No entanto, pode ser justificável a imprescritibilidade da ação negatória de

paternidade ao atender a busca da verdade real nas ações relativas ao estado de filiação, complementada hodiernamente pelas modernas técnicas científicas de aferição da paternidade disponibilizadas para tal finalidade.

Deve-se observar com atenção no que se refere à legitimidade para a propositura da ação negatória de paternidade, que tem caráter personalíssimo, o que significa dizer que, caso um homem venha a morrer, sua família, ou melhor, seus herdeiros, jamais poderão ingressar com ação negatória de paternidade em face de um filho concebido fora do lar conjugal e que tenha sido reconhecido pelo *de cujus* sem o conhecimento da família, mas, tão-somente, poderá contestar uma eventual ação de reconhecimento da paternidade, proposta após a morte do referido.

Nesta linha de raciocínio, o parágrafo único do artigo 1.601 do Código Civil de 2002 faz uma ressalva expressa afirmando que após a contestação da filiação, ou seja, proposta a ação pelo suposto pai onde se nega a paternidade, os herdeiros do impugnante terão direito de prosseguir na ação, o que vale dizer, os herdeiros do impugnante como seus substitutos poderão dar continuidade na ação, desde que iniciada por quem tenha legitimidade e tenha o seu curso regular, na hipótese de que o autor venha a falecer no curso da mesma.

Assim, o artigo 1.615 do Código Civil de 2002 se coaduna ao anteriormente exposto no tocante ao interesse justo, que podem ser considerados os interesses de ordem econômica e moral.

Vale esclarecer, com auspício em Luiz Edson Fachin, o seguinte:

A referência feita à “qualquer pessoa” é ampla, se, num primeiro momento, alcança o sentido natural das pessoas físicas, não elide, de outra parte, abranger entes jurídicos, do que seria exemplo o Ministério Público atuando na defesa de interesses da criança exposta ou abandonada. O “justo interesse”, expressão genérica e abstrata, será indeferido à luz das situações emergentes dos casos concretos (FACHIN, 2003, p. 140).

Mas, importante esclarecer, o art. 1.601 do Código Civil de 2002 trata da ação negatória de paternidade, enquanto que o art. 1.615 trata da contestação da ação de investigação de paternidade, o que é um caso totalmente diferente.

No art. 1.601, os herdeiros somente poderão dar continuidade na ação negatória de paternidade na hipótese da ação que foi proposta pelo próprio legitimado para contestar o estado de filiação, uma vez que esta ação tem natureza personalíssima.

Em se tratando da ação de investigação de paternidade ou maternidade estipulada no art. 1.615, mesmo que o *de cujus* não tenha contestado a ação, os herdeiros poderão fazê-lo,

por existir o justo interesse, como acima mencionado. Seria o caso em que proposta a ação de investigação em face do suposto genitor, este vem a falecer antes da citação ou logo após esta, no prazo da contestação, sendo certo que em ambos os casos os herdeiros do *de cujus* e réu da ação serão parte legítima para respondê-la, bastando comprovar por certidão judicial de que são os herdeiros habilitados nos autos de inventário do falecido.

Vale frisar que, neste caso, quem atuará no pólo passivo desta ação serão os herdeiros, e não mais o espólio, como equivocadamente existem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, no entanto, minoritários, operando-se uma verdadeira substituição processual.

O artigo 1.616, que expressa “*A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade*” trata, em sua primeira parte, dos efeitos do reconhecimento da filiação mediante ação de investigação, seja de paternidade ou maternidade, atribuindo-se a este reconhecimento os mesmos efeitos que possui o reconhecimento na modalidade voluntária.

Em sua segunda parte, o legislador concedeu ao Juiz o poder de ordenar que o filho se crie e se eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade, pois, como pessoa sensível aos fatos ocorridos durante o decorrer de uma ação de investigação de paternidade, o Juiz poderá se deparar com situações paradoxais como, *v.g.*, o pai que reluta deliberadamente e de todas as formas para que não seja a paternidade reconhecida em seu favor (neste caso, em desfavor) e, depois de transitada em julgada a sentença que declarou ser sua a paternidade que tanto recusara, resolve este, subitamente, requerer a guarda do filho para si, para vingar-se da mulher ou, possivelmente, até mesmo da criança, cuja paternidade lhe fora imposta contra a sua vontade.

N’outro aspecto, prevalece aqui a primazia do melhor interesse da criança, para que seja concedida a guarda para quem garanta o melhor atendimento às suas necessidades materiais, físicas e emocionais.

Ao analisar o artigo e focalizar os efeitos da sentença que julga procedente o pedido de investigação de paternidade, Orlando Soares traz a seguinte definição:

Trata o art. 1.616 do Código Civil de 2002 dos efeitos e sentença, que julgar procedente o pedido de investigação de paternidade, ou da maternidade, quer dizer, equivale ao reconhecimento do filho natural, suprimindo assim aquilo que poderia consistir em ato voluntário do pai, ou da mãe (SOARES, 2004, p. 415).

Significa dizer que o reconhecimento da filiação fundada em sentença judicial, mesmo ante a recusa do reconhecimento voluntário por parte de quem hipoteticamente poderia reconhecer a filiação através de ato volitivo espontâneo, ou de sua inaceitabilidade em todo o transcorrer do processo, não o exime de arcar com as mesmas conseqüências jurídicas e efeitos legais que se obtêm quando ocorre o reconhecimento voluntário.

O artigo 1.617 (“*A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.*”) encontra seu respaldo ideológico no art. 367 do Código Civil de 1916, e transmite a regulamentação de uma situação da paternidade ou maternidade, na hipótese em que o casamento é nulo e não putativo, e ainda, quando maculado por ato de comprovada má-fé por ambos os cônjuges.

Assim, mesmo que a hipótese aqui mencionada se concretize, independentemente do motivo da nulidade do casamento – que não produzirá seus efeitos no mundo jurídico -, não se poderá negar aos filhos oriundos dessa união o direito de provar a sua filiação, seja paterna ou materna, pelos mesmos critérios e meios que se podem ser utilizados por um filho que não se encontre nestas condições.

Em suma, este artigo visa assegurar que a filiação oriunda de casos de nulificação do matrimônio, por qualquer razão que seja, não restará prejudicada em nenhuma circunstância, ainda que a realização de tal matrimônio tenha sido maculada de patente má fé por ambos os contraentes, disposição essa já encartada em legislação anterior, no artigo 14, parágrafo único, da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio). Com propriedade, as palavras de Luiz Edson Fachin demarcam o alcance do dispositivo:

A interpretação finalística do dispositivo sob análise coloca o interesse da filiação acima do juízo de conformidade legal (que sustentam o campo jurídico da validade) (FACHIN, 2003, p. 147).

Significa dizer que mesmo que em determinada situação seja comprovada a intenção dolosa de burlar aos requisitos legais para convolar matrimônio, a ponto de nem mesmo alcançar a condição de putativo, ainda assim a filiação estará assegurada, devendo ser atribuída a quem se deve, sem que a mácula do matrimônio venha a interferir no ato de reconhecimento da filiação, avinda daquela união matrimonial invalidada por nulidade ou anulação do ato de celebração.

Após a análise dos artigos específicos referentes à filiação no Código Civil de 2002, é possível perceber a lacuna legislativa existente, notadamente no tocante aos desdobramentos de repercussão imediata no âmbito jurídico decorrentes de situações que implicam a

participação do emprego de técnicas de reprodução humana assistida.

Interessante fazer constar trechos contidos do Relatório Geral – Parecer Final, de Maio do ano 2000, perpetrado pelo seu então relator, o Deputado Ricardo Fiúza, onde são divulgadas expressões de reconhecimento da inadequação, insuficiência e exclusão do tratamento dispensado à filiação civil decorrente de reprodução humana assistida:

Diz-se, por exemplo, que o projeto não versa sobre os direitos do nascituro fertilizado *in vitro*. O Prof. Miguel Reale. Quando compareceu à primeira das muitas audiências públicas realizadas pela nossa Comissão Especial, respondeu a algumas dessas questões, afirmando que “novidades, como o filho de profeta, só podem ser objetos de lei especial. Mesmo porque transcendem o campo do Direito Civil.” (Parecer Final, p. 47).

O que se verifica a partir da análise acima realizada referente ao Código Civil de 2002 é que questões pontuais acerca da reprodução humana assistida, notadamente as questões suscitadas no período de elaboração do referido Código, não foram recepcionadas pelo legislador. As normas existentes limitaram-se a tratar temas já regulamentados pelo antigo Código Civil – o de 1916 – sendo que em algumas particularidades houve sim o desenvolvimento prático sobre as mesmas questões.

No entanto, as inovações e as principais transformações decorrentes do avanço científico não estão estampadas no corpo do texto do Código analisado, o que faz inferir que a necessidade, daqui por diante, é de criação de legislação específica para o tratamento do tema reprodução humana assistida.

#### **4.5. Da necessidade de legislação específica**

Uma característica do desenvolvimento científico e tecnológico na área dos procedimentos aplicados na reprodução humana é sua anterioridade, ou seja, a sua apresentação antecipada ao debate social, nos quais se devem focalizar seus dilemas e seus impactos sociais.

Assim, a normatização, a legislação e o direito aplicados a estes procedimentos são fenômenos que ocorrem em momentos posteriores aos fatos, uma vez que as várias comunidades científicas relacionadas (médicos, biólogos, geneticistas, etc.), legisladores, gestores, juristas, não aderem ao cumprimento do dever de explanar a problemática de questões relevantes no âmbito geral da sociedade.

Aliam-se ainda a estes fatos as questões de ordem corporativa, onde as perspectivas de participação na decisão dos caminhos a serem percorridos pelas ciências e pela tecnologia,

como forma de detenção de poder, formam um conjunto de fatores que não permitem a captação da realidade científica imediata. Por outro lado, o desenvolvimento científico as ciências tecnobiológicas fez emergir na sociedade uma infinidade de novos aspectos e problemáticas jurídicas, filosóficas e políticas, e, dada a realização dos fatos, ocorre-se um alarde em relação no que se refere ao Direito, notadamente sobre legislação e normatização de condutas.

Alguns aspectos acerca da inaplicabilidade de leis nas hipóteses de reprodução assistida, ou, as limitações das referidas leis vigentes, são pontos de intersecção entre os conclames sociais e seu eventual não atendimento ou ausência de respaldo normativo. Conforme afirma Alberto Silva Franco:

As técnicas de reprodução assistida e as pesquisas no terreno da engenharia genética põem em discussão, de modo extremamente abrangente, questões fundamentais relativas ao ser humano. Conceitos e posições já estratificados, no passado, sofrem abalos profundos e mostram-se inapropriados diante de uma realidade nova e dinâmica. A velocidade com que atuam as ciências biomédicas é simplesmente espantosa: em tempo cada vez menor, surgem e se sucedem técnicas, com novos e ingentes questionamentos. O Direito foi, sem dúvida, apanhado de surpresa e seu equipamento conceitual se revelou inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado para equacionar os problemas propostos pelo progresso acelerado das ciências biomédicas. É necessário, no entanto, que se ponha termo ao descompasso e que se preencha o vácuo representado pela ausência do Direito. Progresso científico feito à margem da perspectiva jurídica pode apresentar deformidades graves que se traduzem em efeitos perversos para a humanidade (FRANCO, 2003).

Hodiernamente tem-se, como exemplo, a Lei da Biossegurança, que regulamenta atividades da engenharia genética, sem oferecer regulamentações específicas sobre outros meios biotecnológicos que empreguem organismos não geneticamente modificados, além de abordar também a questão da função social da reprodução assistida, como sendo um direito à saúde, e, portanto, acessível a todos.

A inserção dos direitos sexuais e reprodutivos, incorporados ao elenco de Direitos Humanos, assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar para organização da vida reprodutiva, incluindo-se o recurso a toda descoberta científica que possa vir garantir o tratamento de patologias ligadas à função reprodutiva, desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias (BRAUNER, 2005).

A partir da legislação específica, tenta-se evitar a escolha dos caracteres genéticos da criança sem motivos relevantes, o que configura, em tese, uma modalidade de prática eugênica.

Como verificado alhures, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, apenas citou a

questão da reprodução assistida mencionando outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, a qual se funda na posse do estado de filho.

No entanto, nada regulamentou sobre as controvérsias dos efeitos da reprodução assistida, ressaltando-se as hipóteses constatáveis ao tempo da elaboração da referida norma, e ainda, aquelas que a inteligência do homem mediano pode inferir. Destarte, torna-se visível o descompasso entre o desenvolvimento técnico-científico e a criação de regras para aplicação dos resultados obtidos com os avanços ocorridos, implicando à sociedade questões complexas notadamente referentes à constituição da família, aos liames de parentesco, a formalização da herança e a consangüinidade como fator caracterizador do vínculo parental. Segundo Matilde Carone Slaibi Conti:

A norma constitucional consagrou a liberdade de criação científica como um dos direitos fundamentais, tornando-a, assim, a regra que deve comandar toda atuação na área das ciências. Se tal interpretação guarda pertinência, não menos correta é a conclusão de que o texto constitucional reconheceu implicitamente o direito à liberdade de pesquisa, posto que a atividade científica é, na generalidade dos casos, antecedida por um tempo, mais ou menos largo, de trabalho investigatório. A liberdade de pesquisa é, na realidade, um pressuposto inafastável, um antecedente lógico da atividade científica.

O ponto de equilíbrio deve ser buscado num dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, isto é, na dignidade da pessoa humana.

Nenhuma liberdade de pesquisa pode ser aceita, no campo da investigação científica, se significa o emprego de técnicas, o uso de métodos ou a adoção de fins que lesem ou ponham em perigo a dignidade que deve ser assegurada a toda pessoa humana no seu percurso vital (CONTI, 2001. p. 89).

Hodiernamente, a crítica maior em torno do tema direciona-se ao fato de ser a liberdade para o desenvolvimento em pesquisas científicas totalmente absoluta, tornando-se, assim, necessária a imposição de limitações legais principalmente quanto aos bens tutelados constitucionalmente, como exemplos, a integridade e preservação da dignidade da pessoa humana, visando-se evitar quaisquer possibilidades de extremismos que possam ser fatos geradores da má utilização das biotecnologias e de alguma forma, ser objeto de ameaça ao próprio ser humano. Neste sentido, são importantes as palavras de Eduardo de Oliveira Leite sobre este tema, as quais transmitem o fervor com que alguns juristas clamam pela necessidade de melhor aparato legislativo referente ao tema “reprodução assistida”, senão

vejamos:

Na ausência de força cogente, entretanto, a maioria destas propostas se perde no terreno das intenções e não chega a produzir o esperado resultado que a situação clama.

Uma coisa, porém, é certa: enquanto a aldeia global não assumir uma posição coerente e uníssona sobre o problema que diz respeito à integridade física e psicológica do Homem, compete ao legislador nacional, por meio de mecanismos legislativos claros, precisos e objetivos, estabelecer os limites entre o lícito e o ilícito, sob o risco de comprometer o futuro da raça humana (LEITE, 2004. p. 94).

Para Flávia Piovesan, a necessidade de legislação específica para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida tem a finalidade de consagrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é uma concepção que constitui os princípios constitucionais que se incorporam às exigências de justiça e dos valores éticos, e confere respaldo axiológico ao ordenamento jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2004. p. 56-57).

#### **4.6. Dos projetos de lei em trâmite**

Existe atualmente uma gama de projetos de lei em trâmite no Senado Federal referenciando a reprodução humana assistida, os quais visam regulamentar a aplicação das novas tecnologias reprodutivas no país.

Pela análise dos projetos, é possível observar que alguns retomam boa parte das recomendações contidas na Resolução Normativa 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

Sendo a primeira expressão de normatização das técnicas de Reprodução humana assistida, a Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina 1.358/92 tem como base o princípio da legitimidade de se superar a infertilidade humana mediante a realização de procedimentos médicos. Nota-se que, como dito anteriormente, o discurso médico se pauta na busca da “superação” da infertilidade humana, o que se constata não somente em periódicos científicos, mas também no próprio âmbito de regulamentação existente.

Neste sentido, dentre as principais regulamentações da Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM n.º 1.358/92) estão: 1. O total sigilo dos procedimentos; 2. A não comercialização do corpo humano e de gametas; 3. O consentimento informado nos casos de fertilização *in vitro*; 4. A limitação do número de receptores por doação; 5. Delimita um prazo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo; 6. Proíbe a redução e o descarte de embriões; 7. Permite a seleção embrionária exclusivamente com a finalidade de evitar a transmissão de doenças hereditárias; 8. A geração dos embriões pela própria doadora

ou mediante cessão; 9. Autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta - desde que possuam parentesco até o segundo grau; 10. - Concede a fertilização *in vitro* em mulheres solteiras.

O Projeto de Lei nº 2.855/97, de autoria do Deputado Federal Confúcio Moura não prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica. São pontos principais deste projeto: 1. Estabelecer a criopreservação dos embriões por cinco anos, sendo que após tal período poderá haver o descarte ou a utilização com fins científicos; 2. Permitir a redução seletiva de embriões somente em caso de risco de vida para a gestante e autoriza a seleção para evitar a transmissão de doenças hereditárias; 3. Impor o sigilo quanto ao uso da técnica; 4. Limitar que o doador só poderá ter dois filhos em um mesmo estado; 5. Estabelecer a necessidade da aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (criada pelo próprio projeto), na hipótese de gestação substituta, quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora; 6. Regulamentar a possibilidade de inseminação *post mortem*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser, nos casos em que houver prévia e expressa manifestação do casal.

Outra proposta de regulamentação está prevista no Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual prevê que: 1. Os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas ou em união estável, bem como pelas solteiras; 2. Admite que os usuários possam permitir que seus gametas e pré-embriões sejam utilizados em pesquisas. Salvo nesses casos, a intervenção em gametas ou embriões somente será permitida com fins terapêuticos ou diagnósticos; 3. A doação deverá ser gratuita e sigilosa. Além disso, a criança poderá ter acesso à identidade civil do doador. Dispõe que, no caso de inseminação *post mortem*, não será reconhecida a paternidade. Permite a maternidade de substituição, com restrições.

Porém, o Projeto de Lei Substitutivo ao nº 90/99 (PL nº 1.184/03), este de autoria do Senador Roberto Requião, dispõe que: 1. Somente casais (casados ou em união estável) podem ter acesso à técnica; 2. Os usuários poderão permitir que seus gametas e pré-embriões sejam utilizados em pesquisas; 3. Proíbe também a criopreservação e o congelamento de embriões; 4. Permite a seleção terapêutica e a doação temporária do útero entre mulheres com parentesco até o segundo grau; 5. Estabelece a possibilidade de o filho conhecer a identidade do genitor após a maioridade; 6. Prevê que o doador possa ser pai de apenas um beneficiário; 7. Dispõe ainda sobre a inseminação *post mortem*, prevendo que a filiação será reconhecida, desde que o depositário dos gametas tenha autorizado em testamento a sua utilização pela

esposa ou companheira.

O Projeto de Lei n.º 54/02, de autoria do Deputado Federal Luiz Moreira, institui normas para a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, tramitou na Câmara dos Deputados e foi encaminhado ao Senado, onde aguarda o parecer da Comissão de Assuntos Sociais. Em tese, busca transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei, propondo a necessidade do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada ou viver em união estável e prevê que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal.

Dentre as principais regulamentações estão: 1. A proibição do descarte de embriões e a redução seletiva, embora permita a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias. 2. A preservação do sigilo dos envolvidos no processo, estabelece que o doador produza somente uma gestação para cada um milhão de habitantes e permite a doação temporária do útero em mulheres com parentesco até o segundo grau.

Os Projetos de Lei referidos encontram-se atualmente em tramitação, sendo suscetíveis a revisões e alterações, sem que o debate envolva as variadas camadas da sociedade e, do meio acadêmico e científico e principalmente, os seus destinatários, quais sejam, pessoas que se encontram na situação vulnerável de esterilidade ou infertilidade diagnosticada. Destarte, conclui-se que incorporação das novas tecnologias reprodutivas como meio de solucionar o problema da esterilidade/infertilidade é um fato consumado em nossa realidade, não se podendo impedir a busca de realização do projeto parental de uma pessoa capaz, impossibilitando seu acesso às técnicas e tratamentos na área da reprodução humana.

Por fim, impõe-se a necessidade de elaboração e aprovação de uma lei fundamentada a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, em processo que envolva outras áreas da ciência como bioética, medicina, psicologia, direito, genética, sociologia, enquadrando-se os procedimentos dentro de limites claros, precisos e seguros, que permitam o avanço da ciência assegurando-se prioritariamente a saúde dos utilizadores das modernas tecnologias reprodutivas, devendo-se ainda respeitar os princípios constitucionais que amparam o direito à intimidade (art. 5º, X), o direito à saúde (art. 196), o direito a formar uma família (art. 226, § 7º). A previsão constitucional do direito ao livre exercício do planejamento familiar (Lei nº 9.263/96) compreende o direito das pessoas em buscar a concepção de um filho desejado.

## CONCLUSÃO

Difícil não observar o limiar de uma nova realidade social onde bens como o patrimônio genético e a reprodução humana assistida estão presentes em nossas vidas, causando a necessidade de fazer nascerem, com urgência, normas civis que venham a regulamentar a junção entre a ciência e a ética, de modo a capacitar o homem a se localizar no espaço e no tempo, e entender-se como agente criador e modificador da história e de sua própria vida ao longo do tempo.

Ao analisar as relações sociais estabelecidas no âmbito nacional na conjuntura de 1970 a 2002, identificando os direcionamentos teóricos que repercutiram sobre os meios acadêmico e científico, no que se refere às idéias médicas e jurídicas, e ao consultar a bibliografia em torno deste tema, observou-se que a postura dos operadores da política legislativa do Brasil que participaram da elaboração do Código Civil de 2002 sofreu influências diretas de paradigmas não condizentes com os avanços científicos existentes no período compreendido, deixando de refletir, ao seu término, conhecimento e adequação às novas técnicas científicas desenvolvidas, notadamente quanto ao que se refere ao atendimento ao princípio fundamental da lei civil e seu sentido teleológico, qual seja, o de refletir os anseios, necessidades e a realidade social a qual lhe é suscetível, de modo a oferecer amparo legal às relações sociais estabelecida entre particulares, restando à sociedade sobreviver com esta lacuna no ordenamento jurídico.

Neste sentido, as análises empreendidas permitem afirmar que as representações sociais dos legisladores forjaram imagens não estavam condizentes com as expirações científicas evidenciadas no que se referem às inovações científicas aplicáveis à reprodução humana assistida, tanto da comunidade médica brasileira do contexto, bem como da categoria jurídica que acompanhara tais avanços no âmbito da medicina, e que por suas vezes, expuseram nos meios acadêmicos e científicos a necessidade de adequação do ordenamento jurídico frente a tais avanços.

A análise dos discursos realizados pelas categorias médica e jurídica aponta a existência de um diálogo estabelecido entre ambas, e as idéias explanadas neste diálogo representam a visão do respectivo campo científico, e se mostram disformes em relação ao denominador comum para o entrelaçamento de questões e necessidades que tais categorias necessitariam para empreender os avanços científicos aliados à regulação normativa.

A categoria médica se pauta num discurso progressista em relação aos avanços

tecnológicos e científicos aplicáveis à reprodução humana, legitimando sua atuação no argumento da infertilidade humana como um “mal” a ser eliminado da sociedade, sem, contudo, ter um referencial legislativo que direcione ou imponha um limite para a aplicação dessas novas técnicas.

N’outro pólo, a categoria jurídica se apresenta por meio de um discurso patentemente conservador, no qual se evidencia uma postura de “pré-consciência” sobre os avanços científicos. Porém, fundamenta sua omissão em argumentos distintos, como exemplos, a utilização de normas de conteúdo principiológicos para reger a matéria por se tratar de um assunto que ainda não se consolidou ou alcançou o esgotamento das possibilidades de desdobramentos. Ainda, defende-se a necessidade de reger-se a matéria por lei específica, sem haver, no entanto, qualquer espécie de iniciativa neste sentido.

O que se apresenta como basilar no transcorrer da discussão apresentada é que o silêncio legislativo sobre a matéria de ressonância social e a liberdade com que os principais tribunais vêm se posicionando frente aos casos concretos têm gerado uma indefinição, ou seja, a falta de uma linha de procedimento concisa, esclarecedora e objetiva, capaz de determinar a exata dimensão dada pelos poderes institucionalizados – Legislativo e Judiciário - às novas possibilidades tecnológicas surgidas no campo da medicina.

A intervenção científica na reprodução humana é sim, admissível, por meio da ciência e da tecnologia, ressaltando-se o respeito ao bem maior do ser humano, qual seja, a vida, além de salvaguardar os meios, valores da reprodução, licitude e a utilização desses conhecimentos em benefício da humanidade, e, no caso específico, a utilização das técnicas de Reprodução Assistida como um direito à saúde, nos casos já explicitados e devidamente esclarecidos em relação aos seus procedimentos.

A partir desta noção, a sociedade poderá caminhar à frente, e em busca da construção de um processo de inclusão de todas as pessoas e povos como beneficiários deste progresso científico, visando atingir o princípio bioético da Justiça, de modo que possa vir a servir de direção para os conflitos contatados atualmente, bem como para aquelas situações que certamente surgirão no transcorrer dos próximos anos como consequência do desenvolvimento científico.

## Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 328, (outubro/novembro/dezembro), ano 96, 1994.

ARRUDA, Antonio. *Médicos pedem cautela na reprodução assistida*. Folha de São Paulo. 20 de Fevereiro de 2003, p. 6-8.

BERLINGUER, Giovanni. *Questões da vida: Ética, ciência, saúde*. Salvador: Hucitec, 1991.

Biblioteca Virtual de Saúde Reprodutiva da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo - [http://www.prossiga.br/fsp\\_usp/saudereprodutiva/](http://www.prossiga.br/fsp_usp/saudereprodutiva/)

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

\_\_\_\_\_. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. Tradução Denice Barbara Catani. - São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental. Contribuição para o debate no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

CAMPOS, Denise Teles Freire. *Demanda, desejo e necessidade no campo da reprodução humana*. Estudos Goiânia. V.30 n. 1 p. 153-164, jan. 2003.

Centro de pesquisas das doenças materno-infantis de Campinas - Cemicamp. *Estudo Comparativo sobre as conseqüências da laqueadura na vida das mulheres: relatório técnico final*. Janeiro de 1998. In: <http://www.fhi.org/NR/rdonlyres/emmz6apuhwwykbibamt7ylm6e65bkg4wx4adua24hv2i537zfxrl35s3zfvsvbwmcmlnz4svgudl/brazil2f.pdf>

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Rosely Gomes. *Reprodução e gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção*. Revista Estudos Feministas, Ano 10, 2º Semestre de 2002, p. 339-356. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=38110205> >ISSN 0104-026X

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. São Paulo: Saraiva. 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo código civil, volume XVIII: *do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Elementos críticos do direito de família: *curso de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

Folha de São Paulo. Ciência, 23 de janeiro de 1994. p. 6-4.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FOULCALT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Genética Humana e Direito*. (26/07/2003). Disponível em: <http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/4387>

FREIRE, Vinicius Torres. *Brincar de Deus em um laboratório*. Folha de São Paulo. Ciência, 23 de janeiro de 1994, p. 6-4.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. *A nova filiação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Biologia e discurso*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GOLDIM, José Roberto. *Bioética e reprodução humana*. In: <http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>

HESPANHA, Antônio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

\_\_\_\_\_. *Família na época moderna. Análise Social*, vol. XXXVIII (123-124), 1993 (4°-5°).

KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold (coord.). *Poder e sociedade*. Brasília: UnB, 1979.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Eugenia e Bioética: Os limites da ciência em face da dignidade humana*. Revista dos Tribunais. v. 824, jun. 2004.

\_\_\_\_\_. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LYRA FILHO, Roberto: *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo código civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LUNA, Naara. *Natureza humana criada em laboratório: biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas*. *História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro. v. 12, n. 2, p.396, maio-ago. 2005.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. *Novos paradigmas do direito civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio F. do A. e; MENDEZ, Emílio Garcia (coords). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático da filiação: filiação legítima e ilegítima*. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1979.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. II.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da Bioética ao Biodireito*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *A interdisciplinaridade como uma inafastável tendência da aplicabilidade no Direito de Família e a questão da guarda compartilhada como fator de harmonização nas relações familiares no Direito brasileiro*. *Revista Intertemas - Curso de Mestrado em Direito de Presidente Prudente*, Ano II, v. 2, Dezembro 2001, p. 69-73.

PASTORE, Karina e FRANÇA, Valéria. *Nova proveta*. *Revista Veja*. Ano 30, nº 43, Ed. Abril, 29 de outubro de 1997.

Pensadores Brasileiros: Artigos e entrevistas de Miguel Reale. Período de 25/02/1995 a 15/09/2001.

In:[http://pensadoresbrasil.com.br/~pensadoresbrasil/MiguelReale/novo\\_codigo\\_civil.htm](http://pensadoresbrasil.com.br/~pensadoresbrasil/MiguelReale/novo_codigo_civil.htm)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed., Saraiva: São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. *Noções preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro:

Forense, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Introdução ao direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SALEM, Tânia. *As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa*. MANA 3(1): 75-94, 1997, p. 76. In: <http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n1/2456.pdf>

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13ª edição, Porto. Edições Afrontamento, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. RBCS n° 30, 11 de fevereiro de 1996.

SAVONE, Lucila. *Maternidade e paternidade na era tecnológica*. In: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel29/LucilaScavone.pdf>

SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética e de ética da política. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/fecultura/noticia1.htm>>. Acesso em: 23 Junho de 2008.

SOARES, Orlando. *Direito de família: de acordo com o novo Código Civil (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 14 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAITSON, Paulo Franco; AMORIM FILHO, Oswaldo Bueno. *Biologia reprodutiva e espaço*. Scientific American Brasil. n. 6, ano 1, 11/2002, p. 26-27.

TOBIAS, José Antônio. *História das idéias no brasil*. São Paulo. EPU, 1987.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

## ANEXOS

**Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.358/92** – Dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

**Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (1º Substitutivo)** – Regulamenta as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 19/04/2000, do Relator Roberto Requião. Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

**Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (2º Substitutivo)** - Regulamenta as Técnicas de Reprodução Humana Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 20.03.2003, do Relator Senador Tião Viana. Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

**Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996** - Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

**Lei nº 11.105, de 24.03.2005** - (Regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22.11.2005) - Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

**Lei nº 8.974, de 05.01.95** - (Revogada pela Lei nº 11.105, de 23.03.2005) - Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

**Decreto nº 5.591, de 22.11.2005** - Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências.

**Projeto de Lei nº 1.184, de 2003** - (Apensos os de nºs 2.855, de 1997, 4.665, de 2001; 120, 1.135, e 2.061, de 2003) - (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA) - Dispõe sobre a reprodução assistida. Autor: Senado Federal - Relator: Deputado Colbert Martins.

### Exposição de motivos do Código Civil de 2002

**Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975**

**Exposição de motivos do Senhor Ministro da Justiça**

**Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e elaboradora do Código Civil**

### **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92**

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei 3.268, de 30.09.1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19.07.1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11.11.1992;

RESOLVE:

**Art. 1º.** Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

**Art. 2º.** Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo-SP, 11.11.1992.

Ivan de A. Moura Fé – Presidente.

Hercules S. P. Liberal – Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.1992 – Seção I, Página 16053.

#### **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

##### **I - PRINCÍPIOS GERAIS**

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de ovócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

##### **II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA**

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

### **III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA**

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como, dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

### **IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES**

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

### **V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES**

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

### **VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES**

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias.

### **VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

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

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

**Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (1º Substitutivo)**

**Regulamenta as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 19/04/2000, do Relator Roberto Requião.  
Dispõe sobre a Reprodução Assistida.**

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**SEÇÃO I  
DOS PRINCÍPIOS GERAIS**

Art. 1º. Esta Lei regulamenta 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 8.971, de 29.12.1994, 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.

Art. 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.

Art. 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**

Art. 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.

Art. 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 o doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.

### **SEÇÃO III DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS QUE REALIZAM A PROcriação Medicamente 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 do 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 Sessão 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, as 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 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 inc. 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 inc. 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 inc. IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma 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 inc. III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.

#### **SEÇÃO IV DAS DOAÇÕES**

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 de 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 Medicamente 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 Medicamente Assistida e os civilmente incapazes.

#### **SEÇÃO V DOS GAMETAS E EMBRIÕES**

Art. 14. Na execução de técnica de Procriação Medicamente 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 Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos 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 Medicamente 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 DA CRIANÇA**

Art. 18. Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente 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 inc. III do art. 6º, para 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 conseqüências 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 8.069, de 13.07.1990.

## **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 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 autorizada, 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 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, 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.

Sala da Comissão, .....

....., Presidente

....., Relator

**Projeto de Lei do Senado 90, de 1999 (2º Substitutivo)**

**Regulamenta as Técnicas de Reprodução Humana Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 20.03.2003, do Relator Senador Tião Viana.  
Dispõe sobre a Reprodução Assistida.**

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**SEÇÃO I  
DOS PRINCÍPIOS GERAIS**

Art. 1º. Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

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

I – embriões humanos ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto na Seção II desta Lei.

Art. 2º. A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto na Seção II desta Lei;

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

IV – O doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

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

Art. 3º. Fica proibida a gestação de substituição.

**SEÇÃO II  
DO CONSENTIMENTO LIVRE  
E ESCLARECIDO**

Art. 4º. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários de falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;

II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;

IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;

V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;

VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 13 desta Lei;

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente.

VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.

§ 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.

### **SEÇÃO III DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E PROFISSIONAIS**

Art. 5º. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o emprego da técnica de Reprodução 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 Reprodução Assistida, vedando-se a transferência de sêmen doado a fresco;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de cinquenta anos.

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Sessão II desta Lei.

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;

VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;

VII - pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento;

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

Art. 6º. Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;

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

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material biológico;

V – encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo será válida por até três anos, renovável ao término de cada período, desde que obtido ou mantido o Certificado de Qualidade em Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º O registro citado no inc. III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 15 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.

§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inc. IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.

### **SEÇÃO IV DAS DOAÇÕES**

Art. 7º. Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução 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 – não haver doado gameta anteriormente;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.

§ 4º Os gametas doados e não utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8º. Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º. O sigilo estabelecido no artigo anterior poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, 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. 10. A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 11. Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.

Parágrafo único . As pessoas incapazes não poderão ser doadoras de gametas.

Art. 12. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no art. 5º, incs. VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida .

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no *caput* deste artigo.

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como, o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações relativas à pessoa falecida:

I) número de inscrição do PIS/PASEP;

II) número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário – NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;

III) número do CPF;

IV) número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;

V) número do título de eleitor;

VI) número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;

VII) número e série da Carteira de Trabalho.

## **SEÇÃO V DOS GAMETAS E EMBRIÕES**

Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até dois 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 Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

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

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.

#### **SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA**

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no parágrafo anterior estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 17. O doador 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 Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

#### **SEÇÃO VII DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES**

Art. 19. Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

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

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de um a quatro anos e multa.

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

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

IV – fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar esses gametas sem sua prévia autorização:

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

V – deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer 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.

VI – utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas:

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

VII – implantar mais de dois embriões na mulher receptora:

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

VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

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

IX – produzir embriões além da quantidade permitida:

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

X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada:

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

XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

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

XII – descartar o médico embrião antes da implantação no organismo receptor:

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

XIII – utilizar gameta:

a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do serviço de saúde que realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau;

b) de pessoa incapaz;

c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;

d) sem que tenham sido os beneficiários ou doadores submetidos ao controle de doenças infecto-contagiosas e a outros exames complementares.

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

Parágrafo único. Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Art. 20. Constituem crimes:

I – Intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei.

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

II – Utilizar o médico do próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário.

Pena: detenção, de um a dois anos, e multa.

III – Omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

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

IV – Praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.

Pena: reclusão de um a quatro anos.

V – Praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.

Pena: reclusão de três a dez anos.

Parágrafo único. As penas cominadas nos incs. IV e V deste artigo são aumentadas de um terço, se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.

Art. 21. A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

### **SEÇÃO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 21. Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos da Seção IV.

Parágrafo único . Presume-se autorizada a doação se, no prazo de sessenta dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 22. O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

Art. 23. O Poder Público organizará um cadastro nacional permanente de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Art. 24. A Lei 8.974, de 05.01.1995 passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

*“Art. 8º-A. São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genetechnologia.” (NR)*

Art. 25. O art. 13 da Lei 8.974, de 05.01.1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

*“III-A – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genetechnologia;” (AC)*

Art. 26. Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias a partir da data de sua publicação.

Sala da Comissão, 20.03.2003.

....., Presidente

....., Relator

**Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996**

Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I  
DO PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o

ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Art. 14. Cabe à instância gestora do Sistema Único de Saúde, guardado o seu nível de competência e atribuições, cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar.

Parágrafo único. Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis. (Parágrafo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

## **CAPÍTULO II DOS CRIMES E DAS PENALIDADES**

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

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

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.

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

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes:

I - se particular a instituição:

a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados;

b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista;  
II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades.

Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de Processo Penal.

### **CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 22. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e, em especial, nos seus arts. 29, caput, e §§ 1º e 2º; 43, caput e incisos I, II e III; 44, caput e incisos I e II e III e parágrafo único; 45, caput e incisos I e II; 46, caput e parágrafo único; 47, caput e incisos I, II e III; 48, caput e parágrafo único; 49, caput e §§ 1º e 2º; 50, caput, § 1º e alíneas e § 2º; 51, caput e §§ 1º e 2º; 52; 56; 129, caput e § 1º, incisos I, II e III, § 2º, incisos I, III e IV e § 3º.

Art. 23. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
*Adib Jatene*

**Lei nº 11.105, de 24 de Março de 2005**  
(Regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22.11.2005)

Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I**  
**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E GERAIS**

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.

§ 2º Para os fins desta Lei, considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.

Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais conseqüências ou efeitos advindos de seu descumprimento.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidade os conduzidos em instalações próprias ou sob a responsabilidade administrativa, técnica ou científica da entidade.

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas em atuação autônoma e independente, ainda que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º Os interessados em realizar atividade prevista nesta Lei deverão requerer autorização à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que se manifestará no prazo fixado em regulamento.

§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no *caput* deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

VII – célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI – células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

§ 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

§ 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I – mutagênese;

II – formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV – autoclonação de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;

VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua

regulamentação;

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.

Art. 7<sup>o</sup> São obrigatórias:

I – a investigação de acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética e o envio de relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar da data do evento;

II – a notificação imediata à CTNBio e às autoridades da saúde pública, da defesa agropecuária e do meio ambiente sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM e seus derivados;

III – a adoção de meios necessários para plenamente informar à CTNBio, às autoridades da saúde pública, do meio ambiente, da defesa agropecuária, à coletividade e aos demais empregados da instituição ou empresa sobre os riscos a que possam estar submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes com OGM.

## **CAPÍTULO II**

### **Do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS**

Art. 8<sup>o</sup> Fica criado o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, vinculado à Presidência da República, órgão de assessoramento superior do Presidente da República para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança – PNB.

§ 1<sup>o</sup> Compete ao CNBS:

I – fixar princípios e diretrizes para a ação administrativa dos órgãos e entidades federais com competências sobre a matéria;

II – analisar, a pedido da CTNBio, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados;

III – avocar e decidir, em última e definitiva instância, com base em manifestação da CTNBio e, quando julgar necessário, dos órgãos e entidades referidos no art. 16 desta Lei, no âmbito de suas competências, sobre os processos relativos a atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados;

IV – (VETADO)

§ 2<sup>o</sup> (VETADO)

§ 3<sup>o</sup> Sempre que o CNBS deliberar favoravelmente à realização da atividade analisada, encaminhará sua manifestação aos órgãos e entidades de registro e fiscalização referidos no art. 16 desta Lei.

§ 4<sup>o</sup> Sempre que o CNBS deliberar contrariamente à atividade analisada, encaminhará sua manifestação à CTNBio para informação ao requerente.

Art. 9<sup>o</sup> O CNBS é composto pelos seguintes membros:

I – Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá;

II – Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia;

III – Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário;

IV – Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

V – Ministro de Estado da Justiça;

VI – Ministro de Estado da Saúde;

VII – Ministro de Estado do Meio Ambiente;

VIII – Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

IX – Ministro de Estado das Relações Exteriores;

X – Ministro de Estado da Defesa;

XI – Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República.

§ 1<sup>o</sup> O CNBS reunir-se-á sempre que convocado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, ou mediante provocação da maioria de seus membros.

§ 2<sup>o</sup> (VETADO)

§ 3<sup>o</sup> Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes do setor público e de entidades da sociedade civil.

§ 4<sup>o</sup> O CNBS contará com uma Secretaria-Executiva, vinculada à Casa Civil da Presidência da República.

§ 5<sup>o</sup> A reunião do CNBS poderá ser instalada com a presença de 6 (seis) de seus membros e as decisões serão tomadas com votos favoráveis da maioria absoluta.

### CAPÍTULO III

#### Da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio

Art. 10. A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zootossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.

Parágrafo único. A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente.

Art. 11. A CTNBio, composta de membros titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, será constituída por 27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente, sendo:

I – 12 (doze) especialistas de notório saber científico e técnico, em efetivo exercício profissional, sendo:

a) 3 (três) da área de saúde humana;

b) 3 (três) da área animal;

c) 3 (três) da área vegetal;

d) 3 (três) da área de meio ambiente;

II – um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados pelos respectivos titulares:

a) Ministério da Ciência e Tecnologia;

b) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

c) Ministério da Saúde;

d) Ministério do Meio Ambiente;

e) Ministério do Desenvolvimento Agrário;

f) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

g) Ministério da Defesa;

h) Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República;

i) Ministério das Relações Exteriores;

III – um especialista em defesa do consumidor, indicado pelo Ministro da Justiça;

IV – um especialista na área de saúde, indicado pelo Ministro da Saúde;

V – um especialista em meio ambiente, indicado pelo Ministro do Meio Ambiente;

VI – um especialista em biotecnologia, indicado pelo Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

VII – um especialista em agricultura familiar, indicado pelo Ministro do Desenvolvimento Agrário;

VIII – um especialista em saúde do trabalhador, indicado pelo Ministro do Trabalho e Emprego.

§ 1º Os especialistas de que trata o inciso I do *caput* deste artigo serão escolhidos a partir de lista tríplice, elaborada com a participação das sociedades científicas, conforme disposto em regulamento.

§ 2º Os especialistas de que tratam os incisos III a VIII do *caput* deste artigo serão escolhidos a partir de lista tríplice, elaborada pelas organizações da sociedade civil, conforme disposto em regulamento.

§ 3º Cada membro efetivo terá um suplente, que participará dos trabalhos na ausência do titular.

§ 4º Os membros da CTNBio terão mandato de 2 (dois) anos, renovável por até mais 2 (dois) períodos consecutivos.

§ 5º O presidente da CTNBio será designado, entre seus membros, pelo Ministro da Ciência e Tecnologia para um mandato de 2 (dois) anos, renovável por igual período.

§ 6º Os membros da CTNBio devem pautar a sua atuação pela observância estrita dos conceitos ético-profissionais, sendo vedado participar do julgamento de questões com as quais tenham algum envolvimento de ordem profissional ou pessoal, sob pena de perda de mandato, na forma do regulamento.

§ 7º A reunião da CTNBio poderá ser instalada com a presença de 14 (catorze) de seus membros, incluído pelo menos um representante de cada uma das áreas referidas no inciso I do *caput* deste artigo.

§ 8º (VETADO)

§ 9º Órgãos e entidades integrantes da administração pública federal poderão solicitar participação nas reuniões da CTNBio para tratar de assuntos de seu especial interesse, sem direito a voto.

§ 10. Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes da comunidade científica e do setor público e entidades da sociedade civil, sem direito a voto.

Art. 12. O funcionamento da CTNBio será definido pelo regulamento desta Lei.

§ 1º A CTNBio contará com uma Secretaria-Executiva e cabe ao Ministério da Ciência e Tecnologia prestar-lhe o apoio técnico e administrativo.

§ 2º (VETADO)

Art. 13. A CTNBio constituirá subcomissões setoriais permanentes na área de saúde humana, na área animal, na área vegetal e na área ambiental, e poderá constituir subcomissões extraordinárias, para análise prévia dos temas a serem submetidos ao plenário da Comissão.

§ 1º Tanto os membros titulares quanto os suplentes participarão das subcomissões setoriais e caberá a todos a distribuição dos processos para análise.

§ 2º O funcionamento e a coordenação dos trabalhos nas subcomissões setoriais e extraordinárias serão definidos no regimento interno da CTNBio.

Art. 14. Compete à CTNBio:

I – estabelecer normas para as pesquisas com OGM e derivados de OGM;

II – estabelecer normas relativamente às atividades e aos projetos relacionados a OGM e seus derivados;

III – estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados;

IV – proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;

V – estabelecer os mecanismos de funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança – CIBio, no âmbito de cada instituição que se dedique ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial que envolvam OGM ou seus derivados;

VI – estabelecer requisitos relativos à biossegurança para autorização de funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

VII – relacionar-se com instituições voltadas para a biossegurança de OGM e seus derivados, em âmbito nacional e internacional;

VIII – autorizar, cadastrar e acompanhar as atividades de pesquisa com OGM ou derivado de OGM, nos termos da legislação em vigor;

IX – autorizar a importação de OGM e seus derivados para atividade de pesquisa;

X – prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao CNBS na formulação da PNB de OGM e seus derivados;

XI – emitir Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB para o desenvolvimento de atividades com OGM e seus derivados em laboratório, instituição ou empresa e enviar cópia do processo aos órgãos de registro e fiscalização referidos no art. 16 desta Lei;

XII – emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

XIII – definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, conforme as normas estabelecidas na regulamentação desta Lei, bem como quanto aos seus derivados;

XIV – classificar os OGM segundo a classe de risco, observados os critérios estabelecidos no regulamento desta Lei;

XV – acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico-científico na biossegurança de OGM e seus derivados;

XVI – emitir resoluções, de natureza normativa, sobre as matérias de sua competência;

XVII – apoiar tecnicamente os órgãos competentes no processo de prevenção e investigação de acidentes e de enfermidades, verificados no curso dos projetos e das atividades com técnicas de ADN/ARN recombinante;

XVIII – apoiar tecnicamente os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

XIX – divulgar no Diário Oficial da União, previamente à análise, os extratos dos pleitos e, posteriormente, dos pareceres dos processos que lhe forem submetidos, bem como dar ampla publicidade no Sistema de Informações em Biossegurança – SIB a sua agenda, processos em trâmite, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, excluídas as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim consideradas pela CTNBio;

XX – identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana;

XXI – reavaliar suas decisões técnicas por solicitação de seus membros ou por recurso dos órgãos e entidades de registro e fiscalização, fundamentado em fatos ou conhecimentos científicos novos, que sejam relevantes quanto à biossegurança do OGM ou derivado, na forma desta Lei e seu regulamento;

XXII – propor a realização de pesquisas e estudos científicos no campo da biossegurança de OGM e seus derivados;

XXIII – apresentar proposta de regimento interno ao Ministro da Ciência e Tecnologia.

§ 1º Quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio vincula os demais órgãos e entidades da administração.

§ 2º Nos casos de uso comercial, dentre outros aspectos técnicos de sua análise, os órgãos de registro e fiscalização, no exercício de suas atribuições em caso de solicitação pela CTNBio, observarão, quanto aos aspectos de biossegurança do OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio.

§ 3º Em caso de decisão técnica favorável sobre a biossegurança no âmbito da atividade de pesquisa, a CTNBio remeterá o processo respectivo aos órgãos e entidades referidos no art. 16 desta Lei, para o exercício de suas atribuições.

§ 4º A decisão técnica da CTNBio deverá conter resumo de sua fundamentação técnica, explicitar as medidas de segurança e restrições ao uso do OGM e seus derivados e considerar as particularidades das diferentes regiões do País, com o objetivo de orientar e subsidiar os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, no exercício de suas atribuições.

§ 5º Não se submeterá a análise e emissão de parecer técnico da CTNBio o derivado cujo OGM já tenha sido por ela aprovado.

§ 6º As pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em qualquer das fases do processo de produção agrícola, comercialização ou transporte de produto geneticamente modificado que tenham obtido a liberação para uso comercial estão dispensadas de apresentação do CQB e constituição de CIBio, salvo decisão em contrário da CTNBio.

Art. 15. A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que comprovem interesse relacionado à matéria, na forma do regulamento.

## **CAPÍTULO IV**

### **Dos órgãos e entidades de registro e fiscalização**

Art. 16. Caberá aos órgãos e entidades de registro e fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República entre outras atribuições, no campo de suas competências, observadas a decisão técnica da CTNBio, as deliberações do CNBS e os mecanismos estabelecidos nesta Lei e na sua regulamentação:

I – fiscalizar as atividades de pesquisa de OGM e seus derivados;

II – registrar e fiscalizar a liberação comercial de OGM e seus derivados;

III – emitir autorização para a importação de OGM e seus derivados para uso comercial;

IV – manter atualizado no SIB o cadastro das instituições e responsáveis técnicos que realizam atividades e projetos relacionados a OGM e seus derivados;

V – tornar públicos, inclusive no SIB, os registros e autorizações concedidas;

VI – aplicar as penalidades de que trata esta Lei;

VII – subsidiar a CTNBio na definição de quesitos de avaliação de biossegurança de OGM e seus derivados.

§ 1º Após manifestação favorável da CTNBio, ou do CNBS, em caso de avocação ou recurso, caberá, em decorrência de análise específica e decisão pertinente:

I – ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que utilizem OGM e seus derivados destinados a uso animal, na agricultura, pecuária, agroindústria e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei;

II – ao órgão competente do Ministério da Saúde emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados a uso humano, farmacológico, domissanitário e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei;

III – ao órgão competente do Ministério do Meio Ambiente emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que envolvam OGM e seus derivados a serem liberados nos ecossistemas naturais, de acordo com a legislação em vigor e segundo o regulamento desta Lei, bem como o licenciamento, nos casos em que a CTNBio deliberar, na forma desta Lei, que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente;

IV – à Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República emitir as autorizações e registros de produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados ao uso na pesca e aquicultura, de acordo com a

legislação em vigor e segundo esta Lei e seu regulamento.

§ 2º Somente se aplicam as disposições dos incisos I e II do art. 8º e do *caput* do art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos casos em que a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

§ 3º A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental.

§ 4º A emissão dos registros, das autorizações e do licenciamento ambiental referidos nesta Lei deverá ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

§ 5º A contagem do prazo previsto no § 4º deste artigo será suspensa, por até 180 (cento e oitenta) dias, durante a elaboração, pelo requerente, dos estudos ou esclarecimentos necessários.

§ 6º As autorizações e registros de que trata este artigo estarão vinculados à decisão técnica da CTNBio correspondente, sendo vedadas exigências técnicas que extrapolem as condições estabelecidas naquela decisão, nos aspectos relacionados à biossegurança.

§ 7º Em caso de divergência quanto à decisão técnica da CTNBio sobre a liberação comercial de OGM e derivados, os órgãos e entidades de registro e fiscalização, no âmbito de suas competências, poderão apresentar recurso ao CNBS, no prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da data de publicação da decisão técnica da CTNBio.

## **CAPÍTULO V**

### **Da Comissão Interna de Biossegurança – CIBio**

Art. 17. Toda instituição que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética ou realizar pesquisas com OGM e seus derivados deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança - CIBio, além de indicar um técnico principal responsável para cada projeto específico.

Art. 18. Compete à CIBio, no âmbito da instituição onde constituída:

I – manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II – estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta Lei;

III – encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta Lei, para efeito de análise, registro ou autorização do órgão competente, quando couber;

IV – manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento que envolvam OGM ou seus derivados;

V – notificar à CTNBio, aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e às entidades de trabalhadores o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI – investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM e seus derivados e notificar suas conclusões e providências à CTNBio.

## **CAPÍTULO VI**

### **Do Sistema de Informações em Biossegurança – SIB**

Art. 19. Fica criado, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, o Sistema de Informações em Biossegurança – SIB, destinado à gestão das informações decorrentes das atividades de análise, autorização, registro, monitoramento e acompanhamento das atividades que envolvam OGM e seus derivados.

§ 1º As disposições dos atos legais, regulamentares e administrativos que alterem, complementem ou produzam efeitos sobre a legislação de biossegurança de OGM e seus derivados deverão ser divulgadas no SIB concomitantemente com a entrada em vigor desses atos.

§ 2º Os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, deverão alimentar o SIB com as informações relativas às atividades de que trata esta Lei, processadas no âmbito de sua competência.

## **CAPÍTULO VII**

### **Da Responsabilidade Civil e Administrativa**

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

Art. 21. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as normas previstas nesta Lei e demais disposições legais pertinentes.

Parágrafo único. As infrações administrativas serão punidas na forma estabelecida no regulamento desta Lei, independentemente das medidas cautelares de apreensão de produtos, suspensão de venda de produto e embargos de atividades, com as seguintes sanções:

- I – advertência;
- II – multa;
- III – apreensão de OGM e seus derivados;
- IV – suspensão da venda de OGM e seus derivados;
- V – embargo da atividade;
- VI – interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;
- VII – suspensão de registro, licença ou autorização;
- VIII – cancelamento de registro, licença ou autorização;
- IX – perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;
- X – perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;
- XI – intervenção no estabelecimento;
- XII – proibição de contratar com a administração pública, por período de até 5 (cinco) anos.

Art. 22. Compete aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, definir critérios, valores e aplicar multas de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), proporcionalmente à gravidade da infração.

§ 1º As multas poderão ser aplicadas cumulativamente com as demais sanções previstas neste artigo.

§ 2º No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

§ 3º No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da paralisação imediata da atividade ou da interdição do laboratório ou da instituição ou empresa responsável.

Art. 23. As multas previstas nesta Lei serão aplicadas pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Saúde, do Meio Ambiente e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, referidos no art. 16 desta Lei, de acordo com suas respectivas competências.

§ 1º Os recursos arrecadados com a aplicação de multas serão destinados aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, que aplicarem a multa.

§ 2º Os órgãos e entidades fiscalizadores da administração pública federal poderão celebrar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução de serviços relacionados à atividade de fiscalização prevista nesta Lei e poderão repassar-lhes parcela da receita obtida com a aplicação de multas.

§ 3º A autoridade fiscalizadora encaminhará cópia do auto de infração à CTNBio.

§ 4º Quando a infração constituir crime ou contravenção, ou lesão à Fazenda Pública ou ao consumidor, a autoridade fiscalizadora representará junto ao órgão competente para apuração das responsabilidades administrativa e penal.

## **CAPÍTULO VIII**

### **Dos Crimes e das Penas**

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem

autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

## CAPÍTULO IX

### Disposições Finais e Transitórias

Art. 30. Os OGM que tenham obtido decisão técnica da CTNBio favorável a sua liberação comercial até a entrada em vigor desta Lei poderão ser registrados e comercializados, salvo manifestação contrária do CNBS, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação desta Lei.

Art. 31. A CTNBio e os órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, deverão rever suas deliberações de caráter normativo, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a fim de promover sua adequação às disposições desta Lei.

Art. 32. Permanecem em vigor os Certificados de Qualidade em Biossegurança, comunicados e decisões técnicas já emitidos pela CTNBio, bem como, no que não contrariarem o disposto nesta Lei, os atos normativos emitidos ao amparo da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

Art. 33. As instituições que desenvolverem atividades reguladas por esta Lei na data de sua publicação deverão adequar-se as suas disposições no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da publicação do decreto que a regulamentar.

Art. 34. Ficam convalidados e tornam-se permanentes os registros provisórios concedidos sob a égide da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

Art. 35. Ficam autorizadas a produção e a comercialização de sementes de cultivares de soja geneticamente modificadas tolerantes a glifosato registradas no Registro Nacional de Cultivares - RNC do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Art. 36. Fica autorizado o plantio de grãos de soja geneticamente modificada tolerante a glifosato, reservados pelos produtores rurais para uso próprio, na safra 2004/2005, sendo vedada a comercialização da produção como semente.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá prorrogar a autorização de que trata o *caput* deste artigo.

Art. 37. A descrição do Código 20 do Anexo VIII da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, acrescido pela Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

"ANEXO VIII

Código	Categoria	Descrição	Pp/gu
.....	.....	.....	.....
20	Uso de Recursos Naturais	Silvicultura; exploração econômica da madeira ou lenha e subprodutos florestais; importação ou exportação da fauna e flora nativas brasileiras; atividade de criação e exploração econômica de fauna exótica e de fauna silvestre; utilização do patrimônio genético natural; exploração de recursos aquáticos vivos; introdução de espécies exóticas, exceto para melhoramento genético vegetal e uso na agricultura; introdução de espécies geneticamente modificadas previamente identificadas pela CTNBio como potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente; uso da diversidade biológica pela biotecnologia em atividades previamente identificadas pela CTNBio como potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.	Médio
.....	.....	.....	.....

"

Art. 38. (VETADO)

Art. 39. Não se aplica aos OGM e seus derivados o disposto na Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, e suas alterações, exceto para os casos em que eles sejam desenvolvidos para servir de matéria-prima para a produção de agrotóxicos.

Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

Art. 41. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 42. Revogam-se a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

Brasília, 24 de março de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Celso Luiz Nunes Amorim

Humberto Sérgio Costa Lima

Luiz Fernando Furlan

Patrus Ananias

Eduardo Campos

Marina Silva

Miguel Soldatelli Rossetto

José Dirceu de Oliveira e Silva

Publicada no D.O.U. de 28.03.2005, Seção I, Pág. 1.

**Lei nº 8.974, de 05 de Janeiro de 2005**  
(Revogada pela Lei nº 11.105, de 23.03.2005)

Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Art. 2º As atividades e projetos, inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que envolvam OGM no território brasileiro, ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão tidas como responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelos eventuais efeitos ou conseqüências advindas de seu descumprimento.

§ 1º Para os fins desta Lei consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidades como sendo aqueles conduzidos em instalações próprias ou os desenvolvidos alhures sob a sua responsabilidade técnica ou científica.

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas enquanto agentes autônomos independentes, mesmo que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos neste artigo, deverão certificar-se da idoneidade técnico-científica e da plena adesão dos entes financiados, patrocinados, conveniados ou contratados às normas e mecanismos de salvaguarda previstos nesta Lei, para o que deverão exigir a apresentação do Certificado de Qualidade em Biossegurança de que trata o art. 6º, inciso XIX, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos advindos de seu descumprimento.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, define-se:

I - **organismo** - toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas;

II - **ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN)** - material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III - **moléculas de ADN/ARN recombinante** - aquelas manipuladas fora das células vivas, mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Consideram-se, ainda, os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV - **organismo geneticamente modificado (OGM)** - organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

V - **engenharia genética** - atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante.

Parágrafo único. Não são considerados como OGM aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação **in vitro**, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I - mutagênese;

II - formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III - fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV - autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Caberá, dentre outras atribuições, aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da

Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da CTNBio e os mecanismos estabelecidos na regulamentação desta Lei:

I - (VETADO)

II - a fiscalização e a monitorização de todas as atividades e projetos relacionados a OGM do Grupo II;

III - a emissão do registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas, ou para a liberação no meio ambiente;

IV - a expedição de autorização para o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM;

V - a emissão de autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM;

VI - manter cadastro de todas as instituições e profissionais que realizem atividades e projetos relacionados a OGM no território nacional;

VII - encaminhar à CTNBio, para emissão de parecer técnico, todos os processos relativos a projetos e atividades que envolvam OGM;

VIII - encaminhar para publicação no Diário Oficial da União resultado dos processos que lhe forem submetidos a julgamento, bem como a conclusão do parecer técnico;

IX - aplicar as penalidades de que trata esta Lei nos arts. 11 e 12.

Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:

I - qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

II - a manipulação genética de células germinais humanas;

III - a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

V - a intervenção **in vivo** em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

§ 1º Os produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, provenientes de outros países, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente, levando-se em consideração pareceres técnicos de outros países, quando disponíveis.

§ 2º Os produtos contendo OGM, pertencentes ao Grupo II conforme definido no Anexo I desta Lei, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente.

§ 3º (VETADO)

Art. 9º Toda entidade que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), além de indicar um técnico principal responsável por cada projeto específico.

Art. 10. Compete à Comissão Interna de Biossegurança (CIBio) no âmbito de sua Instituição:

I - manter informados os trabalhadores, qualquer pessoa e a coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre todas as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II - estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta Lei;

III - encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta Lei, visando a sua análise e a autorização do órgão competente quando for o caso;

IV - manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento envolvendo OGM;

V - notificar à CTNBio, às autoridades de Saúde Pública e às entidades de trabalhadores, o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI - investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM, notificando suas

conclusões e providências à CTNBio.

Art. 11. Constitui infração, para os efeitos desta Lei, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nela estabelecidos, com exceção dos §§ 1º e 2º e dos incisos de II a VI do art. 8º, ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes.

Art. 12. Fica a CTNBio autorizada a definir valores de multas a partir de 16.110,80 UFIR, a serem aplicadas pelos órgãos de fiscalização referidos no art. 7º, proporcionalmente ao dano direto ou indireto, nas seguintes infrações:

I - não obedecer às normas e aos padrões de biossegurança vigentes;

II - implementar projeto sem providenciar o prévio cadastramento da entidade dedicada à pesquisa e manipulação de OGM, e de seu responsável técnico, bem como da CTNBio;

III - liberar no meio ambiente qualquer OGM sem aguardar sua prévia aprovação, mediante publicação no Diário Oficial da União;

IV - operar os laboratórios que manipulam OGM sem observar as normas de biossegurança estabelecidas na regulamentação desta Lei;

V - não investigar, ou fazê-lo de forma incompleta, os acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética, ou não enviar relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar da data de transcorrido o evento;

VI - implementar projeto sem manter registro de seu acompanhamento individual;

VII - deixar de notificar, ou fazê-lo de forma não imediata, à CTNBio e às autoridades da Saúde Pública, sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM;

VIII - não adotar os meios necessários à plena informação da CTNBio, das autoridades da Saúde Pública, da coletividade, e dos demais empregados da instituição ou empresa, sobre os riscos a que estão submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados, no caso de acidentes;

IX - qualquer manipulação genética de organismo vivo ou manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei e na sua regulamentação.

§ 1º No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

§ 2º No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da autoridade competente, podendo paralisar a atividade imediatamente e/ou interditar o laboratório ou a instituição ou empresa responsável.

Art. 13. Constituem crimes:

I - a manipulação genética de células germinais humanas;

II - a intervenção em material genético humano **in vivo**, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

Pena - detenção de três meses a um ano.

§ 1º Se resultar em:

a) incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;

b) perigo de vida;

c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;

d) aceleração de parto;

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 2º Se resultar em:

a) incapacidade permanente para o trabalho;

b) enfermidade incurável;

c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

d) deformidade permanente;

e) aborto;

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 3º Se resultar em morte;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

III - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

IV - a intervenção **in vivo** em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia

da CTNBio;

Pena - detenção de três meses a um ano;

V - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta Lei.

Pena - reclusão de um a três anos;

§ 1º Se resultar em:

- a) lesões corporais leves;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- d) aceleração de parto;
- e) dano à propriedade alheia;
- f) dano ao meio ambiente;

Pena - reclusão de dois a cinco anos.

§ 2º Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
- d) deformidade permanente;
- e) aborto;
- f) inutilização da propriedade alheia;
- g) dano grave ao meio ambiente;

Pena - reclusão de dois a oito anos;

§ 3º Se resultar em morte;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

§ 4º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposo:

Pena - reclusão de um a dois anos.

§ 5º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no País de OGM for culposa, a pena será aumentada de um terço se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

§ 6º O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento desta Lei.

Art. 14. Sem obstar a aplicação das penas previstas nesta Lei, é o autor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

#### **Disposições Gerais e Transitórias**

Art. 15. Esta Lei será regulamentada no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 16. As entidades que estiverem desenvolvendo atividades reguladas por esta Lei na data de sua publicação, deverão adequar-se às suas disposições no prazo de cento e vinte dias, contados da publicação do decreto que a regulamentar, bem como apresentar relatório circunstanciado dos produtos existentes, pesquisas ou projetos em andamento envolvendo OGM.

Parágrafo único. Verificada a existência de riscos graves para a saúde do homem ou dos animais, para as plantas ou para o meio ambiente, a CTNBio determinará a paralisação imediata da atividade.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 5 de janeiro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Publicada no D.O.U. de 06.01.95, Seção I, pág. 337.

#### **ANEXO I**

Para efeitos desta Lei, os organismos geneticamente modificados classificam-se da seguinte maneira:

Grupo I: compreende os organismos que preenchem os seguintes critérios:

A. Organismo receptor ou parental:

- não-patogênico;
- isento de agentes adventícios;
- com amplo histórico documentado de utilização segura, ou a incorporação de barreiras biológicas que, sem interferir no crescimento ótimo em reator ou fermentador, permita uma sobrevivência e multiplicação limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente.

B. Vetor/inserto:

- deve ser adequadamente caracterizado e desprovido de seqüências nocivas conhecidas;
- deve ser de tamanho limitado, no que for possível, às seqüências genéticas necessárias para realizar a função projetada;
- não deve incrementar a estabilidade do organismo modificado no meio ambiente;
- deve ser escassamente mobilizável;
- não deve transmitir nenhum marcador de resistência a organismos que, de acordo com os conhecimentos disponíveis, não o adquira de forma natural.

C. Organismos geneticamente modificados:

- não-patogênicos;
- que ofereçam a mesma segurança que o organismo receptor ou parental no reator ou fermentador, mas com sobrevivência e/ou multiplicação limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente.

D. Outros organismos geneticamente modificados que poderiam incluir-se no Grupo I, desde que reúnam as condições estipuladas no item C anterior:

- microorganismos construídos inteiramente a partir de um único receptor procariótico (incluindo plasmídeos e vírus endógenos) ou de um único receptor eucariótico (incluindo seus cloroplastos, mitocôndrias e plasmídeos, mas excluindo os vírus) e organismos compostos inteiramente por seqüências genéticas de diferentes espécies que troquem tais seqüências mediante processos fisiológicos conhecidos.

Grupo II: todos aqueles não incluídos no Grupo I.

**Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005**

Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, DECRETA:

**CAPÍTULO I  
DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E GERAIS**

Art. 1º Este Decreto regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, bem como normas para o uso mediante autorização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia.

Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos da Lei nº 11.105, de 2005, deste Decreto e de normas complementares, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento.

§ 1º Para os fins deste Decreto, consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidade os conduzidos em instalações próprias ou sob a responsabilidade administrativa, técnica ou científica da entidade.

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas em atuação autônoma e independente, ainda que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º Os interessados em realizar atividade prevista neste Decreto deverão requerer autorização à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, que se manifestará no prazo fixado em norma própria.

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - atividade de pesquisa: a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados;

II - atividade de uso comercial de OGM e seus derivados: a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais;

III - organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

IV - ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

V - moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

VI - engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

VII - organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético - ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VIII - derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

IX - célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

- X - fertilização in vitro: a fusão dos gametas realizada por qualquer técnica de fecundação extracorpórea;
- XI - clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;
- XII - células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo;
- XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;
- XIV - embriões congelados disponíveis: aqueles congelados até o dia 28 de março de 2005, depois de completados três anos contados a partir da data do seu congelamento;
- XV - genitores: usuários finais da fertilização in vitro;
- XVI - órgãos e entidades de registro e fiscalização: aqueles referidos no *caput* do art. 53;
- XVII - tecnologias genéticas de restrição do uso: qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos.
- § 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.
- § 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

## **CAPÍTULO II**

### **DA COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA**

Art. 4º A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança - PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zoofitosanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.

Parágrafo único. A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente.

### **Seção I**

#### **Das Atribuições**

Art. 5º Compete à CTNBio:

- I - estabelecer normas para as pesquisas com OGM e seus derivados;
- II - estabelecer normas relativamente às atividades e aos projetos relacionados a OGM e seus derivados;
- III - estabelecer, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados;
- IV - proceder à análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;
- V - estabelecer os mecanismos de funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança - CIBio, no âmbito de cada instituição que se dedique ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial que envolvam OGM e seus derivados;
- VI - estabelecer requisitos relativos a biossegurança para autorização de funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM e seus derivados;
- VII - relacionar-se com instituições voltadas para a biossegurança de OGM e seus derivados, em âmbito nacional e internacional;
- VIII - autorizar, cadastrar e acompanhar as atividades de pesquisa com OGM e seus derivados, nos termos da legislação em vigor;
- IX - autorizar a importação de OGM e seus derivados para atividade de pesquisa;
- X - prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS na formulação da Política Nacional de Biossegurança de OGM e seus derivados;

XI - emitir Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB para o desenvolvimento de atividades com OGM e seus derivados em laboratório, instituição ou empresa e enviar cópia do processo aos órgãos de registro e fiscalização;

XII - emitir decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados, no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados, inclusive a classificação quanto ao grau de risco e nível de biossegurança exigido, bem como medidas de segurança exigidas e restrições ao uso;

XIII - definir o nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, conforme as normas estabelecidas neste Decreto, bem como quanto aos seus derivados;

XIV - classificar os OGM segundo a classe de risco, observados os critérios estabelecidos neste Decreto;

XV - acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico-científico na biossegurança de OGM e seus derivados;

XVI - emitir resoluções, de natureza normativa, sobre as matérias de sua competência;

XVII - apoiar tecnicamente os órgãos competentes no processo de prevenção e investigação de acidentes e de enfermidades, verificados no curso dos projetos e das atividades com técnicas de ADN/ARN recombinante;

XVIII - apoiar tecnicamente os órgãos e entidades de registro e fiscalização, no exercício de suas atividades relacionadas a OGM e seus derivados;

XIX - divulgar no Diário Oficial da União, previamente à análise, os extratos dos pleitos e, posteriormente, dos pareceres dos processos que lhe forem submetidos, bem como dar ampla publicidade no Sistema de Informações em Biossegurança - SIB a sua agenda, processos em trâmite, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, excluídas as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim por ela consideradas;

XX - identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana;

XXI - reavaliar suas decisões técnicas por solicitação de seus membros ou por recurso dos órgãos e entidades de registro e fiscalização, fundamentado em fatos ou conhecimentos científicos novos, que sejam relevantes quanto à biossegurança de OGM e seus derivados;

XXII - propor a realização de pesquisas e estudos científicos no campo da biossegurança de OGM e seus derivados;

XXIII - apresentar proposta de seu regimento interno ao Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

Parágrafo único. A reavaliação de que trata o inciso XXI deste artigo será solicitada ao Presidente da CTNBio em petição que conterá o nome e qualificação do solicitante, o fundamento instruído com descrição dos fatos ou relato dos conhecimentos científicos novos que a ensejem e o pedido de nova decisão a respeito da biossegurança de OGM e seus derivados a que se refiram.

## **Seção II Da Composição**

Art. 6º A CTNBio, composta de membros titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, será constituída por vinte e sete cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente, sendo:

I - doze especialistas de notório saber científico e técnico, em efetivo exercício profissional, sendo:

- a) três da área de saúde humana;
- b) três da área animal;
- c) três da área vegetal;
- d) três da área de meio ambiente;

II - um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados pelos respectivos titulares:

- a) Ministério da Ciência e Tecnologia;
- b) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;
- c) Ministério da Saúde;
- d) Ministério do Meio Ambiente;
- e) Ministério do Desenvolvimento Agrário;
- f) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- g) Ministério da Defesa;
- h) Ministério das Relações Exteriores;
- i) Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República;

III - um especialista em defesa do consumidor, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça;

IV - um especialista na área de saúde, indicado pelo Ministro de Estado da Saúde;

V - um especialista em meio ambiente, indicado pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente;

VI - um especialista em biotecnologia, indicado pelo Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

VII - um especialista em agricultura familiar, indicado pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário;

VIII - um especialista em saúde do trabalhador, indicado pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego.

Parágrafo único. Cada membro efetivo terá um suplente, que participará dos trabalhos na ausência do titular.

Art. 7º Os especialistas de que trata o inciso I do art. 6º serão escolhidos a partir de lista tríplice de titulares e suplentes.

Parágrafo único. O Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia constituirá comissão ad hoc, integrada por membros externos à CTNBio, representantes de sociedades científicas, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC e da Academia Brasileira de Ciências - ABC, encarregada de elaborar a lista tríplice de que trata o *caput* deste artigo, no prazo de até trinta dias de sua constituição.

Art. 8º Os representantes de que trata o inciso II do art. 6º, e seus suplentes, serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos no prazo de trinta dias da data do aviso do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

Art. 9º A indicação dos especialistas de que tratam os incisos III a VIII do art. 6º será feita pelos respectivos Ministros de Estado, a partir de lista tríplice elaborada por organizações da sociedade civil providas de personalidade jurídica, cujo objetivo social seja compatível com a especialização prevista naqueles incisos, em procedimento a ser definido pelos respectivos Ministérios.

Art. 10. As consultas às organizações da sociedade civil, para os fins de que trata o art. 9º, deverão ser realizadas sessenta dias antes do término do mandato do membro a ser substituído.

Art. 11. A designação de qualquer membro da CTNBio em razão de vacância obedecerá aos mesmos procedimentos a que a designação ordinária esteja submetida.

Art. 12. Os membros da CTNBio terão mandato de dois anos, renovável por até mais dois períodos consecutivos.

Parágrafo único. A contagem do período do mandato de membro suplente é contínua, ainda que assuma o mandato de titular.

Art. 13. As despesas com transporte, alimentação e hospedagem dos membros da CTNBio serão de responsabilidade do Ministério da Ciência e Tecnologia.

Parágrafo único. As funções e atividades desenvolvidas pelos membros da CTNBio serão consideradas de alta relevância e honoríficas.

Art. 14. Os membros da CTNBio devem pautar a sua atuação pela observância estrita dos conceitos ético-profissionais, sendo vedado participar do julgamento de questões com as quais tenham algum envolvimento de ordem profissional ou pessoal, sob pena de perda de mandato.

§ 1º O membro da CTNBio, ao ser empossado, assinará declaração de conduta, explicitando eventual conflito de interesse, na forma do regimento interno.

§ 2º O membro da CTNBio deverá manifestar seu eventual impedimento nos processos a ele distribuídos para análise, quando do seu recebimento, ou, quando não for o relator, no momento das deliberações nas reuniões das subcomissões ou do plenário.

§ 3º Poderá argüir o impedimento o membro da CTNBio ou aquele legitimado como interessado, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 4º A arguição de impedimento será formalizada em petição fundamentada e devidamente instruída, e será decidida pelo plenário da CTNBio.

§ 5º É nula a decisão técnica em que o voto de membro declarado impedido tenha sido decisivo para o resultado do julgamento.

§ 6º O plenário da CTNBio, ao deliberar pelo impedimento, proferirá nova decisão técnica, na qual regulará expressamente o objeto da decisão viciada e os efeitos dela decorrentes, desde a sua publicação.

Art. 15. O Presidente da CTNBio e seu substituto serão designados, entre os seus membros, pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, a partir de lista tríplice votada pelo plenário.

§ 1º O mandato do Presidente da CTNBio será de dois anos, renovável por igual período.

§ 2º Cabe ao Presidente da CTNBio, entre outras atribuições a serem definidas no regimento interno:

I - representar a CTNBio;

II - presidir a reunião plenária da CTNBio;

III - delegar suas atribuições;

IV - determinar a prestação de informações e franquear acesso a documentos, solicitados pelos órgãos de registro e fiscalização.

### **Seção III** **Da Estrutura Administrativa**

Art. 16. A CTNBio contará com uma Secretaria-Executiva, cabendo ao Ministério da Ciência e Tecnologia prestar-lhe o apoio técnico e administrativo.

Parágrafo único. Cabe à Secretaria-Executiva da CTNBio, entre outras atribuições a serem definidas no regimento interno:

I - prestar apoio técnico e administrativo aos membros da CTNBio;

II - receber, instruir e fazer tramitar os pleitos submetidos à deliberação da CTNBio;

III - encaminhar as deliberações da CTNBio aos órgãos governamentais responsáveis pela sua implementação e providenciar a devida publicidade;

IV - atualizar o SIB.

Art. 17. A CTNBio constituirá subcomissões setoriais permanentes na área de saúde humana, na área animal, na área vegetal e na área ambiental, e poderá constituir subcomissões extraordinárias, para análise prévia dos temas a serem submetidos ao plenário.

§ 1º Membros titulares e suplentes participarão das subcomissões setoriais, e a distribuição dos processos para análise poderá ser feita a qualquer deles.

§ 2º O funcionamento e a coordenação dos trabalhos nas subcomissões setoriais e extraordinárias serão definidos no regimento interno da CTNBio.

### **Seção IV** **Das Reuniões e Deliberações**

Art. 18. O membro suplente terá direito à voz e, na ausência do respectivo titular, a voto nas deliberações.

Art. 19. A reunião da CTNBio poderá ser instalada com a presença de catorze de seus membros, incluído pelo menos um representante de cada uma das áreas referidas no inciso I do art. 6º.

Parágrafo único. As decisões da CTNBio serão tomadas com votos favoráveis da maioria absoluta de seus membros, exceto nos processos de liberação comercial de OGM e derivados, para os quais se exigirá que a decisão seja tomada com votos favoráveis de pelo menos dois terços dos membros.

Art. 20. Perderá seu mandato o membro que:

I - violar o disposto no art. 14;

II - não comparecer a três reuniões ordinárias consecutivas do plenário da CTNBio, sem justificativa.

Art. 21. A CTNBio reunir-se-á, em caráter ordinário, uma vez por mês e, extraordinariamente, a qualquer momento, mediante convocação de seu Presidente ou por solicitação fundamentada subscrita pela maioria absoluta dos seus membros.

Parágrafo único. A periodicidade das reuniões ordinárias poderá, em caráter excepcional, ser alterada por deliberação da CTNBio.

Art. 22. As reuniões da CTNBio serão gravadas, e as respectivas atas, no que decidirem sobre pleitos, deverão conter ementa que indique número do processo, interessado, objeto, motivação da decisão, eventual divergência e resultado.

Art. 23. Os extratos de pleito deverão ser divulgados no Diário Oficial da União e no SIB, com, no mínimo, trinta dias de antecedência de sua colocação em pauta, excetuados os casos de urgência, que serão definidos pelo Presidente da CTNBio.

Art. 24. Os extratos de parecer e as decisões técnicas deverão ser publicados no Diário Oficial da União.

Parágrafo único. Os votos fundamentados de cada membro deverão constar no SIB.

Art. 25. Os órgãos e entidades integrantes da administração pública federal poderão solicitar participação em reuniões da CTNBio para tratar de assuntos de seu especial interesse, sem direito a voto.

Parágrafo único. A solicitação à Secretaria-Executiva da CTNBio deverá ser acompanhada de justificativa que demonstre a motivação e comprove o interesse do solicitante na biossegurança de OGM e seus derivados submetidos à deliberação da CTNBio.

Art. 26. Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes da comunidade científica, do setor público e de entidades da sociedade civil, sem direito a voto.

### **Seção V** **Da Tramitação de Processos**

Art. 27. Os processos pertinentes às competências da CTNBio, de que tratam os incisos IV, VIII, IX, XII, e XXI do art. 5º, obedecerão ao trâmite definido nesta Seção.

Art. 28. O requerimento protocolado na Secretaria-Executiva da CTNBio, depois de autuado e devidamente instruído, terá seu extrato prévio publicado no Diário Oficial da União e divulgado no SIB.

Art. 29. O processo será distribuído a um dos membros, titular ou suplente, para relatoria e elaboração de parecer.

Art. 30. O parecer será submetido a uma ou mais subcomissões setoriais permanentes ou extraordinárias para formação e aprovação do parecer final.

Art. 31. O parecer final, após sua aprovação nas subcomissões setoriais ou extraordinárias para as quais o processo foi distribuído, será encaminhado ao plenário da CTNBio para deliberação.

Art. 32. O voto vencido de membro de subcomissão setorial permanente ou extraordinária deverá ser apresentado de forma expressa e fundamentada e será consignado como voto divergente no parecer final para apreciação e deliberação do plenário.

Art. 33. Os processos de liberação comercial de OGM e seus derivados serão submetidos a todas as subcomissões permanentes.

Art. 34. O relator de parecer de subcomissões e do plenário deverá considerar, além dos relatórios dos proponentes, a literatura científica existente, bem como estudos e outros documentos protocolados em audiências públicas ou na CTNBio.

Art. 35. A CTNBio adotará as providências necessárias para resguardar as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim por ela consideradas, desde que sobre essas informações não recaiam interesses particulares ou coletivos constitucionalmente garantidos.

§ 1º A fim de que seja resguardado o sigilo a que se refere o *caput* deste artigo, o requerente deverá dirigir ao Presidente da CTNBio solicitação expressa e fundamentada, contendo a especificação das informações cujo sigilo pretende resguardar.

§ 2º O pedido será indeferido mediante despacho fundamentado, contra o qual caberá recurso ao plenário, em procedimento a ser estabelecido no regimento interno da CTNBio, garantido o sigilo requerido até decisão final em contrário.

§ 3º O requerente poderá optar por desistir do pleito, caso tenha seu pedido de sigilo indeferido definitivamente, hipótese em que será vedado à CTNBio dar publicidade à informação objeto do pretendido sigilo.

Art. 36. Os órgãos e entidades de registro e fiscalização requisitarão acesso a determinada informação sigilosa, desde que indispensável ao exercício de suas funções, em petição que fundamentará o pedido e indicará o agente que a ela terá acesso.

## **Seção VI Da Decisão Técnica**

Art. 37. Quanto aos aspectos de biossegurança de OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio vincula os demais órgãos e entidades da administração.

Art. 38. Nos casos de uso comercial, dentre outros aspectos técnicos de sua análise, os órgãos de registro e fiscalização, no exercício de suas atribuições em caso de solicitação pela CTNBio, observarão, quanto aos aspectos de biossegurança de OGM e seus derivados, a decisão técnica da CTNBio.

Art. 39. Em caso de decisão técnica favorável sobre a biossegurança no âmbito da atividade de pesquisa, a CTNBio remeterá o processo respectivo aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, para o exercício de suas atribuições.

Art. 40. A decisão técnica da CTNBio deverá conter resumo de sua fundamentação técnica, explicitar as medidas de segurança e restrições ao uso de OGM e seus derivados e considerar as particularidades das diferentes regiões do País, com o objetivo de orientar e subsidiar os órgãos e entidades de registro e fiscalização, no exercício de suas atribuições.

Art. 41. Não se submeterá a análise e emissão de parecer técnico da CTNBio o derivado cujo OGM já tenha sido por ela aprovado.

Art. 42. As pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em qualquer das fases do processo de produção agrícola, comercialização ou transporte de produto geneticamente modificado que tenham obtido a liberação para uso comercial estão dispensadas de apresentação do CQB e constituição de CIBio, salvo decisão em contrário da CTNBio.

## **Seção VII Das Audiências Públicas**

Art. 43. A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida a participação da sociedade civil, que será requerida:

I - por um de seus membros e aprovada por maioria absoluta, em qualquer hipótese;

II - por parte comprovadamente interessada na matéria objeto de deliberação e aprovada por maioria absoluta, no caso de liberação comercial.

§ 1º A CTNBio publicará no SIB e no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de trinta dias, a convocação para audiência pública, dela fazendo constar a matéria, a data, o horário e o local dos trabalhos.

§ 2º A audiência pública será coordenada pelo Presidente da CTNBio que, após a exposição objetiva da matéria objeto da audiência, abrirá as discussões com os interessados presentes.

§ 3º Após a conclusão dos trabalhos da audiência pública, as manifestações, opiniões, sugestões e documentos ficarão disponíveis aos interessados na Secretaria-Executiva da CTNBio.

§ 4º Considera-se parte interessada, para efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, o requerente do processo ou pessoa jurídica cujo objetivo social seja relacionado às áreas previstas no *caput* e nos incisos III, VII e VIII do art 6º.

### **Seção VIII**

#### **Das Regras Gerais de Classificação de Risco de OGM**

Art. 44. Para a classificação dos OGM de acordo com classes de risco, a CTNBio deverá considerar, entre outros critérios:

I - características gerais do OGM;

II - características do vetor;

III - características do inserto;

IV - características dos organismos doador e receptor;

V - produto da expressão gênica das seqüências inseridas;

VI - atividade proposta e o meio receptor do OGM;

VII - uso proposto do OGM;

VIII - efeitos adversos do OGM à saúde humana e ao meio ambiente.

### **Seção IX**

#### **Do Certificado de Qualidade em Biossegurança**

Art. 45. A instituição de direito público ou privado que pretender realizar pesquisa em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM ou de avaliação da biossegurança de OGM, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM, deverá requerer, junto à CTNBio, a emissão do CQB.

§ 1º A CTNBio estabelecerá os critérios e procedimentos para requerimento, emissão, revisão, extensão, suspensão e cancelamento de CQB.

§ 2º A CTNBio enviará cópia do processo de emissão de CQB e suas atualizações aos órgãos de registro e fiscalização.

Art. 46. As organizações públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no *caput* do art. 2º, devem exigir a apresentação de CQB, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento deste Decreto.

Art. 47. Os casos não previstos neste Capítulo serão definidos pelo regimento interno da CTNBio.

## **CAPÍTULO III**

### **DO CONSELHO NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA**

Art. 48. O CNBS, vinculado à Presidência da República, é órgão de assessoramento superior do Presidente da República para a formulação e implementação da PNB.

§ 1º Compete ao CNBS:

I - fixar princípios e diretrizes para a ação administrativa dos órgãos e entidades federais com competências sobre a matéria;

II - analisar, a pedido da CTNBio, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados;

III - avocar e decidir, em última e definitiva instância, com base em manifestação da CTNBio e, quando julgar necessário, dos órgãos e entidades de registro e fiscalização, no âmbito de suas competências, sobre os processos relativos a atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados.

§ 2º Sempre que o CNBS deliberar favoravelmente à realização da atividade analisada, encaminhará sua manifestação aos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

§ 3º Sempre que o CNBS deliberar contrariamente à atividade analisada, encaminhará sua manifestação à CTNBio para informação ao requerente.

Art. 49. O CNBS é composto pelos seguintes membros:

I - Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá;

- II - Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia;
- III - Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário;
- IV - Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;
- V - Ministro de Estado da Justiça;
- VI - Ministro de Estado da Saúde;
- VII - Ministro de Estado do Meio Ambiente;
- VIII - Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- IX - Ministro de Estado das Relações Exteriores;
- X - Ministro de Estado da Defesa;
- XI - Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República.

§ 1º O CNBS reunir-se-á sempre que convocado por seu Presidente ou mediante provocação da maioria dos seus membros.

§ 2º Os membros do CNBS serão substituídos, em suas ausências ou impedimentos, pelos respectivos Secretários-Executivos ou, na inexistência do cargo, por seus substitutos legais.

§ 3º Na ausência do Presidente, este indicará Ministro de Estado para presidir os trabalhos.

§ 4º A reunião do CNBS será instalada com a presença de, no mínimo, seis de seus membros e as decisões serão tomadas por maioria absoluta dos seus membros.

§ 5º O regimento interno do CNBS definirá os procedimentos para convocação e realização de reuniões e deliberações.

Art. 50. O CNBS decidirá, a pedido da CTNBio, sobre os aspectos de conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional na liberação para uso comercial de OGM e seus derivados.

§ 1º A CTNBio deverá protocolar, junto à Secretaria-Executiva do CNBS, cópia integral do processo relativo à atividade a ser analisada, com indicação dos motivos desse encaminhamento.

§ 2º A eficácia da decisão técnica da CTNBio, se esta tiver sido proferida no caso específico, permanecerá suspensa até decisão final do CNBS.

§ 3º O CNBS decidirá o pedido de análise referido no *caput* no prazo de sessenta dias, contados da data de protocolo da solicitação em sua Secretaria-Executiva.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser suspenso para cumprimento de diligências ou emissão de pareceres por consultores ad hoc, conforme decisão do CNBS.

Art. 51. O CNBS poderá avocar os processos relativos às atividades que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados para análise e decisão, em última e definitiva instância, no prazo de trinta dias, contados da data da publicação da decisão técnica da CTNBio no Diário Oficial da União.

§ 1º O CNBS poderá requerer, quando julgar necessário, manifestação dos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

§ 2º A decisão técnica da CTNBio permanecerá suspensa até a expiração do prazo previsto no *caput* sem a devida avocação do processo ou até a decisão final do CNBS, caso por ele o processo tenha sido avocado.

§ 3º O CNBS decidirá no prazo de sessenta dias, contados da data de recebimento, por sua Secretaria-Executiva, de cópia integral do processo avocado.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser suspenso para cumprimento de diligências ou emissão de pareceres por consultores ad hoc, conforme decisão do CNBS.

Art. 52. O CNBS decidirá sobre os recursos dos órgãos e entidades de registro e fiscalização relacionados à liberação comercial de OGM e seus derivados, que tenham sido protocolados em sua Secretaria-Executiva, no prazo de até trinta dias contados da data da publicação da decisão técnica da CTNBio no Diário Oficial da União.

§ 1º O recurso de que trata este artigo deverá ser instruído com justificação tecnicamente fundamentada que demonstre a divergência do órgão ou entidade de registro e fiscalização, no âmbito de suas competências, quanto à decisão da CTNBio em relação aos aspectos de biossegurança de OGM e seus derivados.

§ 2º A eficácia da decisão técnica da CTNBio permanecerá suspensa até a expiração do prazo previsto no *caput* sem a devida interposição de recursos pelos órgãos de fiscalização e registro ou até o julgamento final pelo CNBS, caso recebido e conhecido o recurso interposto.

§ 3º O CNBS julgará o recurso no prazo de sessenta dias, contados da data do protocolo em sua Secretaria-Executiva.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser suspenso para cumprimento de diligências ou emissão de pareceres por consultores ad hoc, conforme decisão do CNBS.

#### **CAPÍTULO IV DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DE REGISTRO E FISCALIZAÇÃO**

Art. 53. Caberá aos órgãos e entidades de registro e fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República entre outras atribuições, no campo de suas competências, observadas a decisão técnica da CTNBio, as deliberações do CNBS e os mecanismos estabelecidos neste Decreto:

I - fiscalizar as atividades de pesquisa de OGM e seus derivados;

II - registrar e fiscalizar a liberação comercial de OGM e seus derivados;

III - emitir autorização para a importação de OGM e seus derivados para uso comercial;

IV - estabelecer normas de registro, autorização, fiscalização e licenciamento ambiental de OGM e seus derivados;

V - fiscalizar o cumprimento das normas e medidas de biossegurança estabelecidas pela CTNBio;

VI - promover a capacitação dos fiscais e técnicos incumbidos de registro, autorização, fiscalização e licenciamento ambiental de OGM e seus derivados;

VII - instituir comissão interna especializada em biossegurança de OGM e seus derivados;

VIII - manter atualizado no SIB o cadastro das instituições e responsáveis técnicos que realizam atividades e projetos relacionados a OGM e seus derivados;

IX - tornar públicos, inclusive no SIB, os registros, autorizações e licenciamentos ambientais concedidos;

X - aplicar as penalidades de que trata este Decreto;

XI - subsidiar a CTNBio na definição de quesitos de avaliação de biossegurança de OGM e seus derivados.

§ 1º As normas a que se refere o inciso IV consistirão, quando couber, na adequação às decisões da CTNBio dos procedimentos, meios e ações em vigor aplicáveis aos produtos convencionais.

§ 2º Após manifestação favorável da CTNBio, ou do CNBS, em caso de avocação ou recurso, caberá, em decorrência de análise específica e decisão pertinente:

I - ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que utilizem OGM e seus derivados destinados a uso animal, na agricultura, pecuária, agroindústria e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e segundo as normas que vier a estabelecer;

II - ao órgão competente do Ministério da Saúde emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados a uso humano, farmacológico, domissanitário e áreas afins, de acordo com a legislação em vigor e as normas que vier a estabelecer;

III - ao órgão competente do Ministério do Meio Ambiente emitir as autorizações e registros e fiscalizar produtos e atividades que envolvam OGM e seus derivados a serem liberados nos ecossistemas naturais, de acordo com a legislação em vigor e segundo as normas que vier a estabelecer, bem como o licenciamento, nos casos em que a CTNBio deliberar, na forma deste Decreto, que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente;

IV - à Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República emitir as autorizações e registros de produtos e atividades com OGM e seus derivados destinados ao uso na pesca e aquicultura, de acordo com a legislação em vigor e segundo este Decreto e as normas que vier a estabelecer.

Art. 54. A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental.

Art. 55. A emissão dos registros, das autorizações e do licenciamento ambiental referidos neste Decreto deverá ocorrer no prazo máximo de cento e vinte dias.

Parágrafo único. A contagem do prazo previsto no *caput* será suspensa, por até cento e oitenta dias, durante a elaboração, pelo requerente, dos estudos ou esclarecimentos necessários.

Art. 56. As autorizações e registros de que trata este Capítulo estarão vinculados à decisão técnica da CTNBio correspondente, sendo vedadas exigências técnicas que extrapolem as condições estabelecidas naquela decisão, nos aspectos relacionados à biossegurança.

Art. 57. Os órgãos e entidades de registro e fiscalização poderão estabelecer ações conjuntas com vistas ao exercício de suas competências.

## **CAPÍTULO V**

### **DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES EM BIOSSEGURANÇA**

Art. 58. O SIB, vinculado à Secretaria-Executiva da CTNBio, é destinado à gestão das informações decorrentes das atividades de análise, autorização, registro, monitoramento e acompanhamento das atividades que envolvam OGM e seus derivados.

§ 1º As disposições dos atos legais, regulamentares e administrativos que alterem, complementem ou produzam efeitos sobre a legislação de biossegurança de OGM e seus derivados deverão ser divulgadas no SIB concomitantemente com a entrada em vigor desses atos.

§ 2º Os órgãos e entidades de registro e fiscalização deverão alimentar o SIB com as informações relativas às atividades de que trata este Decreto, processadas no âmbito de sua competência.

Art. 59. A CTNBio dará ampla publicidade a suas atividades por intermédio do SIB, entre as quais, sua agenda de trabalho, calendário de reuniões, processos em tramitação e seus respectivos relatores, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, excluídas apenas as informações sigilosas, de interesse comercial, assim por ela consideradas.

Art. 60. O SIB permitirá a interação eletrônica entre o CNBS, a CTNBio e os órgãos e entidades federais responsáveis pelo registro e fiscalização de OGM.

## **CAPÍTULO VI**

### **DAS COMISSÕES INTERNAS DE BIOSSEGURANÇA - CIBio**

Art. 61. A instituição que se dedique ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial, que utilize técnicas e métodos de engenharia genética ou realize pesquisas com OGM e seus derivados, deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança - CIBio, cujos mecanismos de funcionamento serão estabelecidos pela CTNBio.

Parágrafo único. A instituição de que trata o *caput* deste artigo indicará um técnico principal responsável para cada projeto específico.

Art. 62. Compete a CIBio, no âmbito de cada instituição:

I - manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II - estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio;

III - encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será por esta estabelecida, para os fins de análise, registro ou autorização do órgão competente, quando couber;

IV - manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento que envolva OGM e seus derivados;

V - notificar a CTNBio, aos órgãos e entidades de registro e fiscalização e às entidades de trabalhadores o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI - investigar a ocorrência de acidentes e enfermidades possivelmente relacionados a OGM e seus derivados e notificar suas conclusões e providências à CTNBio.

## **CAPÍTULO VII**

### **DA PESQUISA E DA TERAPIA COM CÉLULAS-TRONCO EMBIONÁRIAS HUMANAS OBTIDAS POR FERTILIZAÇÃO**

#### **IN VITRO**

Art. 63. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados disponíveis.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, na forma de resolução do Conselho Nacional de Saúde.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo, e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 64. Cabe ao Ministério da Saúde promover levantamento e manter cadastro atualizado de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

§ 1º As instituições que exercem atividades que envolvam congelamento e armazenamento de embriões humanos deverão informar, conforme norma específica que estabelecerá prazos, os dados necessários à identificação dos embriões inviáveis produzidos em seus estabelecimentos e dos embriões congelados disponíveis.

§ 2º O Ministério da Saúde expedirá a norma de que trata o § 1º no prazo de trinta dias da publicação deste Decreto.

Art. 65. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA estabelecerá normas para procedimentos de coleta, processamento, teste, armazenamento, transporte, controle de qualidade e uso de células-tronco

embrionárias humanas para os fins deste Capítulo.

Art. 66. Os genitores que doarem, para fins de pesquisa ou terapia, células-tronco embrionárias humanas obtidas em conformidade com o disposto neste Capítulo, deverão assinar Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme norma específica do Ministério da Saúde.

Art. 67. A utilização, em terapia, de células tronco embrionárias humanas, observado o art. 63, será realizada em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde para a avaliação de novas tecnologias.

### **CAPÍTULO VIII**

#### **DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA**

Art. 68. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas na **Lei nº 11.105, de 2005**, e neste Decreto, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

#### **Seção I**

##### **Das Infrações Administrativas**

Art. 69. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as normas previstas na Lei nº 11.105, de 2005, e neste Decreto e demais disposições legais pertinentes, em especial:

I - realizar atividade ou projeto que envolva OGM e seus derivados, relacionado ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial como pessoa física em atuação autônoma;

II - realizar atividades de pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados sem autorização da CTNBio ou em desacordo com as normas por ela expedidas;

III - deixar de exigir a apresentação do CQB emitido pela CTNBio a pessoa jurídica que financie ou patrocine atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;

IV - utilizar, para fins de pesquisa e terapia, células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro sem o consentimento dos genitores;

V - realizar atividades de pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas sem aprovação do respectivo comitê de ética em pesquisa, conforme norma do Conselho Nacional de Saúde;

VI - comercializar células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro;

VII - utilizar, para fins de pesquisa e terapia, células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro sem atender às disposições previstas no Capítulo VII;

VIII - deixar de manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento que envolva OGM e seus derivados;

IX - realizar engenharia genética em organismo vivo em desacordo com as normas deste Decreto;

X - realizar o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante em desacordo com as normas previstas neste Decreto;

XI - realizar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

XII - realizar clonagem humana;

XIII - destruir ou descartar no meio ambiente OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização e neste Decreto;

XIV - liberar no meio ambiente OGM e seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio, ou em desacordo com as normas desta;

XV - liberar no meio ambiente OGM e seus derivados, no âmbito de atividade comercial, sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental;

XVI - liberar no meio ambiente OGM e seus derivados, no âmbito de atividade comercial, sem a aprovação do CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado;

XVII - utilizar, comercializar, registrar, patentear ou licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso;

XVIII - deixar a instituição de enviar relatório de investigação de acidente ocorrido no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética no prazo máximo de cinco dias a contar da data do evento;

XIX - deixar a instituição de notificar imediatamente a CTNBio e as autoridades da saúde pública, da defesa agropecuária e do meio ambiente sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM e seus derivados;

XX - deixar a instituição de adotar meios necessários para plenamente informar à CTNBio, às autoridades da saúde pública, do meio ambiente, da defesa agropecuária, à coletividade e aos demais empregados da instituição ou empresa sobre os riscos a que possam estar submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes com OGM e seus derivados;

XXI - deixar de criar CIBio, conforme as normas da CTNBio, a instituição que utiliza técnicas e métodos de engenharia genética ou realiza pesquisa com OGM e seus derivados;

XXII - manter em funcionamento a CIBio em desacordo com as normas da CTNBio;

XXIII - deixar a instituição de manter informados, por meio da CIBio, os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

XXIV - deixar a instituição de estabelecer programas preventivos e de inspeção, por meio da CIBio, para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio;

XXV - deixar a instituição de notificar a CTNBio, os órgãos e entidades de registro e fiscalização, e as entidades de trabalhadores, por meio da CIBio, do resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

XXVI - deixar a instituição de investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM e seus derivados e notificar suas conclusões e providências à CTNBio;

XXVII - produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM e seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

## **Seção II**

### **Das Sanções Administrativas**

Art. 70. As infrações administrativas, independentemente das medidas cautelares de apreensão de produtos, suspensão de venda de produto e embargos de atividades, serão punidas com as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão de OGM e seus derivados;

IV - suspensão da venda de OGM e seus derivados;

V - embargo da atividade;

VI - interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;

VII - suspensão de registro, licença ou autorização;

VIII - cancelamento de registro, licença ou autorização;

IX - perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;

X - perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;

XI - intervenção no estabelecimento;

XII - proibição de contratar com a administração pública, por período de até cinco anos.

Art. 71. Para a imposição da pena e sua gradação, os órgãos e entidades de registro e fiscalização levarão em conta:

I - a gravidade da infração;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento das normas agrícolas, sanitárias, ambientais e de biossegurança;

III - a vantagem econômica auferida pelo infrator;

IV - a situação econômica do infrator.

Parágrafo único. Para efeito do inciso I, as infrações previstas neste Decreto serão classificadas em leves, graves e gravíssimas, segundo os seguintes critérios:

I - a classificação de risco do OGM;

II - os meios utilizados para consecução da infração;

III - as conseqüências, efetivas ou potenciais, para a dignidade humana, a saúde humana, animal e das plantas e para o meio ambiente;

IV - a culpabilidade do infrator.

Art. 72. A advertência será aplicada somente nas infrações de natureza leve.

Art. 73. A multa será aplicada obedecendo a seguinte gradação:

I - de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nas infrações de natureza leve;

II - de R\$ 60.001,00 (sessenta mil e um reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) nas infrações de natureza grave;

III - de R\$ 500.001,00 (quinhentos mil e um reais) a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) nas infrações de natureza gravíssima.

§ 1º A multa será aplicada em dobro nos casos de reincidência.

§ 2º As multas poderão ser aplicadas cumulativamente com as demais sanções previstas neste Decreto.

Art. 74. As multas previstas na Lei nº 11.105, de 2005, e neste Decreto serão aplicadas pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, de acordo com suas respectivas competências.

§ 1º Os recursos arrecadados com a aplicação de multas serão destinados aos órgãos e entidades de registro e fiscalização que aplicarem a multa.

§ 2º Os órgãos e entidades fiscalizadores da administração pública federal poderão celebrar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução de serviços relacionados à atividade de fiscalização prevista neste Decreto, facultado o repasse de parcela da receita obtida com a aplicação de multas.

Art. 75. As sanções previstas nos incisos III, IV, V, VI, VII, IX e X do art. 70 serão aplicadas somente nas infrações de natureza grave ou gravíssima.

Art. 76. As sanções previstas nos incisos VIII, XI e XII do art. 70 serão aplicadas somente nas infrações de natureza gravíssima.

Art. 77. Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções cominadas a cada qual.

Art. 78. No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da paralisação imediata da atividade ou da interdição do laboratório ou da instituição ou empresa responsável.

Art. 79. Os órgãos e entidades de registro e fiscalização poderão, independentemente da aplicação das sanções administrativas, impor medidas cautelares de apreensão de produtos, suspensão de venda de produto e embargos de atividades sempre que se verificar risco iminente de dano à dignidade humana, à saúde humana, animal e das plantas e ao meio ambiente.

### **Seção III**

#### **Do Processo Administrativo**

Art. 80. Qualquer pessoa, constatando a ocorrência de infração administrativa, poderá dirigir representação ao órgão ou entidade de fiscalização competente, para efeito do exercício de poder de polícia.

Art. 81. As infrações administrativas são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito a ampla defesa e o contraditório.

Art. 82. São autoridades competentes para lavrar auto de infração, instaurar processo administrativo e indicar as penalidades cabíveis, os funcionários dos órgãos de fiscalização previstos no art. 53.

Art. 83. A autoridade fiscalizadora encaminhará cópia do auto de infração à CTNBio.

Art. 84. Quando a infração constituir crime ou contravenção, ou lesão à Fazenda Pública ou ao consumidor, a autoridade fiscalizadora representará junto ao órgão competente para apuração das responsabilidades administrativa e penal.

Art. 85. Aplicam-se a este Decreto, no que couberem, as disposições da Lei nº 9.784, de 1999.

### **CAPÍTULO IX**

#### **DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

Art. 86. A CTNBio, em noventa dias de sua instalação, definirá:

I - proposta de seu regimento interno, a ser submetida à aprovação do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia;

II - as classes de risco dos OGM;

III - os níveis de biossegurança a serem aplicados aos OGM e seus derivados, observada a classe de risco do OGM.

Parágrafo único. Até a definição das classes de risco dos OGM pela CTNBio, será observada, para efeito de classificação, a tabela do Anexo deste Decreto.

Art. 87. A Secretaria-Executiva do CNBS submeterá, no prazo de noventa dias, proposta de regimento interno ao colegiado.

Art. 88. Os OGM que tenham obtido decisão técnica da CTNBio favorável a sua liberação comercial até o dia 28 de março de 2005 poderão ser registrados e comercializados, observada a Resolução CNBS nº 1, de 27 de maio de 2005.

Art. 89. As instituições que desenvolvam atividades reguladas por este Decreto deverão adequar-se às suas disposições no prazo de cento e vinte dias, contado da sua publicação.

Art. 90. Não se aplica aos OGM e seus derivados o disposto na Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, exceto para os casos em que eles sejam desenvolvidos para servir de matéria-prima para a produção de agrotóxicos.

Art. 91. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM e seus derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, na forma de decreto específico.

Art. 92. A CTNBio promoverá a revisão e se necessário, a adequação dos CQB, dos comunicados, decisões técnicas e atos normativos, emitidos sob a égide da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, os quais não estejam em conformidade com a Lei nº 11.105, de 2005, e este Decreto.

Art. 93. A CTNBio e os órgãos e entidades de registro e fiscalização deverão rever suas deliberações de caráter normativo no prazo de cento e vinte dias, contados da publicação deste Decreto, a fim de promover sua adequação às disposições nele contidas.

Art. 94. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 95. Fica revogado o Decreto nº 4.602, de 21 de fevereiro de 2003.

Brasília, 22 de novembro de 2005; 184ª da Independência e 117ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Roberto Rodrigues

Saraiva Felipe

Sergio Machado Rezende

Marina Silva

Publicado no D.O.U. de 23.11.2005, Seção I, pág. 1.

#### **ANEXO**

##### **Classificação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados**

Classe de Risco I: compreende os organismos que preenchem os seguintes critérios:

A. Organismo receptor ou parental:

- não-patogênico;
- isento de agentes adventícios;
- com amplo histórico documentado de utilização segura, ou a incorporação de barreiras biológicas que, sem interferir no crescimento ótimo em reator ou fermentador, permita uma sobrevivência e multiplicação limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente;

B. Vetor/inserto:

- deve ser adequadamente caracterizado e desprovido de seqüências nocivas conhecidas;
- deve ser de tamanho limitado, no que for possível, às seqüências genéticas necessárias para realizar a função projetada;
- não deve incrementar a estabilidade do organismo modificado no meio ambiente;
- deve ser escassamente mobilizável;
- não deve transmitir nenhum marcador de resistência a organismos que, de acordo com os conhecimentos disponíveis, não o adquira de forma natural;

C. Organismos geneticamente modificados:

- não-patogênicos;
- que ofereçam a mesma segurança que o organismo receptor ou parental no reator ou fermentador, mas com sobrevivência ou multiplicação limitadas, sem efeitos negativos para o meio ambiente;

D. Outros organismos geneticamente modificados que poderiam incluir-se na Classe de Risco I, desde que reúnam as condições estipuladas no item C anterior:

- microorganismos construídos inteiramente a partir de um único receptor procariótico (incluindo plasmídeos e vírus endógenos) ou de um único receptor eucariótico (incluindo seus cloroplastos, mitocôndrias e plasmídeos, mas excluindo os vírus) e organismos compostos inteiramente por seqüências genéticas de diferentes espécies que troquem tais seqüências mediante processos fisiológicos conhecidos;

Classe de Risco II: todos aqueles não incluídos na Classe de Risco I.

**Projeto de Lei nº 1.184, de 2003 – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania  
(Apensos os de nºs 2.855, de 1997, 4.665, de 2001; 120, 1.135, e 2.061, de 2003)  
Dispõe sobre a reprodução assistida.**

**Autor: Senado Federal - Relator: Deputado Colbert Martins**

**I - RELATÓRIO**

Com a Proposição em epígrafe numerada, o Senado Federal intenta estabelecer regras para o que chama de Reprodução Assistida.

Ao Projeto foram apensados, por força das disposições regimentais, cinco proposições, a saber:

1) O Projeto de Lei n.º. 2.855, de 1997, de autoria do ilustre Deputado CONFÚCIO MOURA, “dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências”.

2) O Projeto de Lei n.º. 4.665, de 2001, de autoria do ilustre Deputado LAMARTINE POSELLA, que “dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências”.

Permite a utilização das técnicas de fertilização in vitro apenas aos “casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização” somente em clínicas autorizadas pelo Ministério da Saúde.

3) O Projeto de Lei n.º. 120, de 2003, de autoria do nobre Deputado ROBERTO PESSOA, que “dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”.

Intenta modificar a Lei n.º. 8560, de 29 de dezembro de 1992, que “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, e dá outras providências”. Propõe que os nascidos de técnicas de reprodução assistida tenham o direito de saber a identidade de seus pais biológicos, mas sem que isso lhes dê direitos sucessórios.

4) O Projeto de Lei n.º. 1.135, de 2003, de autoria do preclaro Deputado Dr. PINOTTI, que “dispõe sobre a reprodução humana assistida”.

5) O Projeto de Lei n.º. 2.061, de 2003, de autoria da eminente Deputada MANINHA, que “disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências”.

Os PLs 4665/01 e 120/03 são proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida.

As proposições nºs 2.855, de 1997; 1.184, 1.135, e 2.061, de 2003, são mais extensas, visando à regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida (RA) em vários de seus aspectos. Para permitir uma comparação entre os Projetos em questão, optamos por selecionar os aspectos que nos parecem mais relevantes sobre o tema e resumimos as diferenças e semelhanças existentes.

Assim, foram selecionados os seguintes aspectos: utilização das técnicas de RA, gestação de substituição, proibições, documento de consentimento, serviços de RA, doação de gametas, sigilo e quebra do sigilo da doação, transferência e destinação de embriões, filiação e direitos do concepto e dos doadores.

**1 — Utilização das técnicas de RA.**

PL 1184/03: na ocorrência de infertilidade ou para a prevenção de doenças genéticas. Prazo mínimo de espera para os casos em que não se diagnostique a causa definitiva da infertilidade. Exige consentimento esclarecido do cônjuge ou do companheiro.

PL 2855/97: acessível a toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil.

PL 1135/03: acessível a toda mulher capaz “cuja indicação não se afaste dos limites” da lei. A redação, entretanto, não é clara quanto aos referidos limites. Exige aprovação do cônjuge se a mulher for casada ou mantiver união estável.

PL 2061/03: acessível a “todo homem e mulher — doador e receptor — capazes”. O art. 1º refere-se à utilização da técnica para a “resolução de problemas de infertilidade”, mas não vincula essa utilização a diagnóstico preciso, como no caso do PL 1184/03.

**2 — Gestação de substituição.**

PL 1184/03: Proíbe.

PL 2855/97: Permite em casos de impossibilidade de gravidez por parte da doadora do óvulo, vedada a comercialização ou lucro. Exige consentimento de um Conselho de RA, salvo para os casos em que a receptora seja parente até quarto grau, consanguíneo ou afim.

PL 1135/03: Idem, exigindo autorização do Conselho Regional de Medicina para casos em que a receptora seja parente até segundo grau.

PL 2061/03: Idem, mas não faz menção a qualquer laço parental por parte da receptora.

**3 — Proibições relativas à utilização da RA e prática eugênicas.**

PL 1184/03: pré-seleção sexual, salvo na ocorrência de risco genético de doenças relacionadas ao sexo; intervenção sobre gametas ou embriões in vitro, salvo para as finalidades de permitidas pela lei.

PL 2855/97: clonagem, pré-seleção sexual ou de qualquer outra característica biológica, finalidade eugênica, salvo para prevenção de doenças; proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação.

PL 1135/03: proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação; faz menção a que as técnicas “não devem” ser utilizadas com a intenção de seleção de sexo ou outra característica biológica, sem, contudo, previsão de pena para tais procedimentos.

PL 2061/03: idem.

#### **4 — Documento de consentimento.**

PL 1184/03: prevê documento com grande detalhamento, incluindo: indicação médica; aspectos técnicos e modalidades de RZ, inclusive com custos envolvidos; efetividade dos resultados do serviço; probabilidade de efeitos indesejados; implicações jurídicas, procedimentos autorizados pelo beneficiário, inclusive o número de embriões a serem produzidos; autorização do doador de gametas para a sua utilização.

PL 2855/97: prevê o documento, mas sem especificar qualquer aspecto relativo ao seu conteúdo.

PL 1135/03: prevê o documento e inclui aspectos como: “aspectos médicos”, riscos, efetividade e efeitos indesejados, aspectos jurídicos, biológicos, éticos e econômicos.

PL 2061/03: prevê o documento, mas sem especificar qualquer aspecto relativo ao seu conteúdo.

#### **5 — Serviços de RA.**

PL 1184/03: prevê responsabilidades e requisitos para o funcionamento dos serviços de RA. Não define claramente o órgão fiscalizador.

PL 2855/97: cria a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, sem definir a sua vinculação institucional e delega a essa comissão a definição de critérios para o funcionamento dos serviços de RA.

PL 1135/03: prevê requisitos mínimos e delega aos “órgãos competentes” o licenciamento de funcionamento.

PL 2061/03: prevê requisitos para o funcionamento e que o Conselho Municipal de Saúde, ou Estadual, na falta desse, institua Comissão de Ética para “acompanhamento” dos requisitos legais.

#### **6 — Doação de gametas.**

PL 1184/03: permitida, para uma única receptora, com previsão de vários procedimentos de quebra do anonimato do doador em casos de “razões médicas” ou para fins casamentos. Prevê amplo acesso do cidadão gerado à identidade do doador ou doadores de gametas.

PL 2855/97: permitida, para até duas receptoras por Estado, com quebra do anonimato por razões “médicas” e para a equipe responsável, preservada a identidade civil do doador.

PL 1135/03: permitida a doação de gametas e pré-embriões, com quebra do anonimato por razões “médicas” e para a equipe responsável, preservada a identidade civil do doador.

PL 2061/03: idêntica às disposições do PL 2855/97.

#### **7 — Sigilo e quebra do sigilo da doação.**

PL 1184/03: por iniciativa do nascido a partir de procedimentos de RA, por “razões médicas ou jurídicas”. No caso de “razões médicas”, o profissional médico poderá ter acesso à identidade do, ou dos doadores, mas terá que manter o sigilo.

PL 2855/97: apenas por “motivação médica”, apenas para equipe responsável.

PL 1135/03: idem.

PL 2061/03: idem.

#### **8 — Transferência e destinação de embriões.**

PL 1184/03: produção e transferência de até dois embriões a cada ciclo reprodutivo. Todos os embriões produzidos devem ser obrigatoriamente transferidos, não havendo, portanto, previsão de congelamento de embriões. Embriões espontaneamente abortados podem ser doados expressamente para pesquisas.

PL 2855/97: não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos. Prevê o congelamento de “pré-embriões”, sem definir o que seria do ponto de vista jurídico esse conceito. Os “pré-embriões” devem ser mantidos por cinco anos e, após esse tempo, descartados ou utilizados em experimentações, mediante consentimento expresso dos doadores. Exige manifestação por escrito do “casal” sobre a destinação dos “pré-embriões” congelados em caso de morte de um dos pais ou de separação.

PL 1135/03: não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos. A decisão pela quantidade a ser transferida é aos beneficiários. Define como pré-embrião todos os resultantes da união de gametas *in vitro*, sem qualquer definição de estágio de desenvolvimento. Prevê a doação de pré-embriões e o congelamento dos excedentes, mediante manifestação expressa, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges. O tempo legal para o congelamento previsto é de três anos, após o que, os pré-embriões devem ser colocados à disposição dos beneficiários que podem descartá-los ou doá-los para utilização em RA.

PL 2061/03: não define o número de “oócitos” e “pré-embriões”, sem definir o que sejam, a serem produzidos, mas permite a transferência de até quatro “pré-embriões”. Prevê a doação de “oócitos” e “pré-embriões”. Prevê a

doação de pré-embriões e o congelamento dos excedentes e sua destinação, mediante manifestação expressa, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges. Prevê o tempo máximo de desenvolvimento dos “pré-embriões” em até catorze dias.

**9 — Filiação e direitos do conceito e dos doadores.**

PL 1184/03: os beneficiários têm a paternidade plena e sua morte não restabelece poder parental dos pais biológicos. Acesso aos registros para casos de transplantes, garantido o sigilo, se possível. Nega direito ou vínculo aos doadores, salvo os impedimentos matrimoniais.

PL 2855/97: veda a inscrição na certidão de nascimento de qualquer menção à utilização de técnicas de RA, bem como o “questionamento” do registro civil. A revelação da identidade do doador, prevista por “razões médicas”, não determina nova filiação. Veda, igualmente, reconhecimento de paternidade ou relação jurídica no caso de morte do companheiro ou esposo, salvo manifestação expressa do casal (o dispositivo é bastante confuso).

PL 1135/03: dispositivos idênticos aos do PL 1184/03.

PL 2061/03: omissio.

A Comissão de Seguridade Social e Família apreciando somente o PL 2.855, de 1997, aprovou-o com algumas emendas.

A esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania compete analisar as propostas sob os aspectos de constitucionalidade, regimentalidade, legalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito, sendo a apreciação final do Plenário da Casa.

É o Relatório.

**II - VOTO DO RELATOR**

Sob o ponto de vista constitucional, a matéria objeto das proposições encontra-se salvaguardada, principalmente, pelo artigo 226, § 7º. Outrossim não há vício quanto à iniciativa da lei.

No que concerne à criação de obrigações a outro Poder da República, cremos que o Projeto de Lei n.º 1.184/03, de maneira tangente, sub-reptícia, o faz quando atribui ao *Poder Público* promover campanhas e organizar cadastro. Ora quem teria o condão de fazer campanhas ou organizar cadastros? O Legislativo? O Judiciário? Ou o Poder Executivo?

O PL **2.855/97** é mais explícito. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Saúde, uma Comissão Nacional de RHA; manda que o Poder Executivo (art. 52) tome certas providências; no art. 53, estabelece o prazo de um ano para o Poder Executivo constitua um registro nacional de doadores de gametas pré-embriões e um cadastro de centros de serviços médicos.

Os PLs 4.665/01 e 2.061/03 também trazem obrigações ao Poder Executivo.

Tais ingerências são inconstitucionais.

Quanto à técnica legislativa, os PLs 4.665/01; 2.061/03; 1.135/03 e **2.855/97** não atendem os pressupostos estabelecidos pela Lei Complementar nº 95/98. Uns trazem cláusula revogatória genérica, outros não dizem qual o âmbito de aplicação da lei, outros, ainda, não trazem os números escritos por extenso, apenas (mormente quando estabelecem a dosimetria das penas, fato que deve ser corrigido na redação final).

No concernente à juridicidade, não vemos nos projetos afronta aos princípios jurídicos que informam nosso ordenamento jurídico, salvo o PL 120/03 que, como ainda não se permite a reprodução assistida em nosso País, carece de legitimidade, e, portanto, é injurídico.

Quanto ao mérito, a matéria objeto dos PLs 1.184/03, 2.061/03; 1.135/03; e **2.855/97**, tem relevância e oportunidade, e merece ser aprovada, a fim de que o País não fique a reboque dos avanços científicos e tecnológicos que envolvem a reprodução humana.

No entanto, o PL 1.184/03 apresenta-se melhor estruturado e, como tal há de ser o preferido em sua aprovação.

O PL 4.665/01 por trazer somente uma autorização para a fertilização humana *in vitro*, sem estabelecer regras para que isso se dê, não pode ser aprovado.

Cremos que a Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF, também deveria manifestar-se analisando todas as Proposições, mas como não foi possível devido às disposições regimentais, ativemo-nos tão-somente às implicações jurídicas; as questões técnicas, cuja análise compete a CSSF, deverão ser apreciadas em Plenário da Casa.

Deste modo, nosso voto é pela constitucionalidade, regimentalidade, legalidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.184, de 2003, e pela constitucionalidade (salvo os dispositivos retrocitados), regimentalidade, legalidade, juridicidade, inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição dos de nºs 2.061/03; 1.135/03; 4.665/01, e **2.855/97**, e pela injuridicidade do 120/03.

Sala da Comissão, em                    de                    de 200 .

**Deputado Colbert Martins**

Relator

**Mensagem n° 160, de 10 de junho de 1975**

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL:

Nos termos do artigo 56 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o anexo projeto de lei que institui o Código Civil.

Brasília, em 10 de junho de 1975 – ERNESTO GEISEL

### Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça

Brasília, em 06 de junho de 1975

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o Projeto do Código Civil, cujo anteprojeto é de autoria dos Professores MIGUEL REALE, na qualidade de Supervisor, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, que elaboraram, respectivamente, a matéria relativa a Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões, tendo o professor MOREIRA ALVES acumulado, durante certo tempo, as funções de Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos.

Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor MIGUEL REALE fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

“a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *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.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando

possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”

Observo, ainda, que o Projeto muito embora discipline as sociedades empresárias no livro referente à Atividade Negocial, não abrange as *sociedades anônimas*, pois estas, de conformidade com a determinação de Vossa excelência, serão objeto de lei especial.

Constituída em maio de 1969, a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, após vários meses de pesquisas e sucessivas reuniões, entregou ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZÁID, o primeiro texto do Anteprojeto, solicitando que fosse publicado a fim de serem recebidas sugestões e emendas de todos os interessados.

Sobre esse primeiro anteprojeto, publicado em 7 de agosto de 1972, manifestaram-se não somente as principais corporações jurídicas do país, tribunais, instituições e universidades, mas também entidades representativas das diversas categorias profissionais, com a publicação de livros e artigos em jornais e revistas especializadas.

Conferências e simpósios foram, outrossim, realizados, em vários Estados, sobre a reforma programada, sendo as respectivas conclusões objeto da mais cuidadosa análise por parte da Comissão.

Valendo-se de todo esse precioso material, a Comissão voltou a reunir-se por diversas vezes, fiel ao seu propósito de elaborar um Anteprojeto correspondente às reais aspirações da sociedade brasileira, graças à manifestação dos diferentes círculos jurídicos, e de quantos se interessaram pelo aperfeiçoamento de nossa legislação civil.

De tais estudos resultou novo Anteprojeto, publicado em 18 de junho de 1974, abrangendo grande número de emendas e alterações que a Comissão houve por bem acolher, assim como outras de sua iniciativa, decorrentes de investigação própria.

Em virtude dessa segunda publicação, novas sugestões e emendas foram analisadas pela Comissão, daí resultando o texto final, que, no dizer de seus autores, transcende as pessoas dos que o elaboraram, tão fundamental e fecunda foi a troca de idéias e experiências com os mais distintos setores da comunidade brasileira.

A exposição feita evidencia, Senhor Presidente, que o projeto ora submetido à alta apreciação de Vossa excelência é fruto de longos e dedicados estudos, refletindo a opinião dominante nos meios jurídicos nacionais, além de se basear na experiência das categorias sociais a que os preceitos se destinam. Trata-se, em suma, de diploma legal marcado pela compreensão direta de nossos problemas sócio-econômicos, e não de sistematização de dispositivos ditada por meras preferências teóricas.

É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões.

O Projeto, além de conter novos institutos e modelos jurídicos, exigidos pelo atual desenvolvimento do País, caracteriza-se pelo equilíbrio de suas opções, visto ter-se tido sempre em mira a conciliação dos valores da tradição com os imperativos do progresso, os interesses dos particulares com as exigências do bem comum.

De outro lado, promulgado que foi o novo Código de Processo Civil, torna-se ainda mais imperiosa a atualização da lei substantiva, cuja inadequação aos problemas atuais vem sendo apontada como uma das causas mais relevantes da crise da Justiça.

Com o Projeto do Código Civil, a Política legislativa, traçada pelo Governo de Vossa Excelência, atinge o seu ponto culminante, por tratar-se, efetivamente, do diploma legal básico, cuja reforma condiciona todas as demais.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de profundo respeito.

ARMANDO FALCÃO – Ministro da Justiça

### Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil

Ao Excelentíssimo Senhor  
Doutor ARMANDO FALCÃO  
DD. Ministro de Estado da Justiça  
Brasília  
Senhor Ministro

Na qualidade de Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, cabe-me a honra de submeter à consideração de Vossa Excelência o Anteprojeto de Código Civil, elaborado com inestimável colaboração dos Professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

Não obstante já conhecidas as diretrizes fundamentais do Anteprojeto, através das Exposições de Motivos redigidas pelo signatário e demais membros da Comissão, não será demais, como remate final dos trabalhos iniciados há quase seis anos, a 23 de maio de 1969, recapitular os seus pontos essenciais, com os aditamentos indispensáveis ao pleno esclarecimento da matéria.

Ao fazê-lo, Senhor Ministro, posso afirmar que, pela forma como se desenvolveram os estudos, com base em reiteradas pesquisas próprias, mas também graças às preciosas sugestões e críticas que nos chegaram de todos os quadrantes do País, a obra ora apresentada transcende a pessoa de seus autores, o que me permite apreciá-la com a indispensável objetividade.

Preferimos, os integrantes da Comissão, agir em sintonia com a comunidade brasileira, corrigindo e completando os Anteprojeto anteriores, publicados no Diário Oficial da União, respectivamente, de 7 de agosto de 1972 e 18 de junho de 1974, por uma razão essencial de probidade científica, a qual se identifica com o natural propósito de bem servir ao povo.

#### **NECESSIDADE DA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL**

1. Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

A exigência de atualização dos preceitos legais foi notada, preliminarmente, no campo das relações de natureza negocial, como o demonstra a elaboração de um projeto autônomo de “Código de Obrigações”, há mais de trinta anos, da autoria dos eminentes juriconsultos HAHNEMANN GUIMARÃES, PHILADELPHO AZEVEDO e OROSIMBO NONATO. Essa iniciativa não vingou, entre outros motivos, por ter-se reconhecido que se impunha a revisão global de nossa legislação civil, visto não ser menos sentida a sua inadequação no que se refere às demais partes das relações sociais por ela disciplinadas.

É a razão pela qual o problema foi retomado, em 1963, tendo sido, então, preferida a elaboração de dois Códigos, um Código Civil – destinado a reger tão somente as relações de propriedade, família e sucessões – e um Código de Obrigações, para integrar em unidade sistemática assim as relações civis como as mercantis. Não obstante os altos méritos dos juristas que foram incumbidos dessa tarefa, não logrou boa acolhida a idéia de dois códigos distintos, merecendo, todavia, aplausos o propósito de unificação do Direito das Obrigações, que, como será logo mais salientado, constitui verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira.

Abandonada a linha da reforma que vinha sendo seguida, não foi posta de lado, mas antes passou a ser insistentemente pedida a atualização do Código Civil vigente, tais e tantos são os prejuízos causados ao País por um sistema legal não mais adequado a uma sociedade que já superou a fase de estrutura prevalecentemente agrária para assumir as formas e os processos próprios do desenvolvimento científico e industrial que caracteriza o nosso tempo.

Não vai nessa afirmação qualquer desdouro para a obra gigantesca de CLÓVIS BEVILÁQUA, cuja capacidade de legislador não será nunca por demais enaltecida. Ocorre, todavia, que o Código de 1916 foi concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo.

2. As dificuldades e os riscos inerentes ao projeto de um Código sentiu-os profundamente o preclaro CLÓVIS BEVILÁQUA, ao assumir sobre os ombros a responsabilidade de seu monumental trabalho, que ele prudentemente situou “no ponto de confluência das duas forças de cujo equilíbrio depende a solidez das construções sociais: a conservação e a inovação, as tradições nacionais e as teorias das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao caráter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira pela qual ele estabelece e

procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina científica”. E ainda advertia o Mestre: “Mas, por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte”.

Outra não pode ser a atitude do codificador, dada a natureza essencialmente ambivalente de sua missão, que consiste em afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir.

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos.

Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo. Por outro lado, os que têm se manifestado sobre a chamada “crise da Justiça” reconhecem que uma das causas desta advém do obsolescência de muitas normas legais vigentes, quer pela inadequação de seu conteúdo à realidade social contemporânea, quer pelo vincado sentido formalista que as inspira, multiplicando as áreas e os motivos dos conflitos de interesse.

Acresce que, tendo sido antecipada a promulgação do novo Código de Processo Civil, mais ainda se impõe a pronta reforma da lei substantiva, tal a complementariedade que liga um processo normativo ao outro.

Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura.

O que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.

#### **DIRETRIZES FUNDAMENTAIS**

4. Penso, Senhor Ministro, ter sido acertado o processo de estudo e pesquisa firmado em nossas reuniões iniciais, no sentido de se proceder à revisão por etapas, a primeira das quais consistiu na feitura de projetos parciais, acordados os princípios fundamentais a que deveria obedecer o futuro Código a saber:

a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exigiam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra-indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização

de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código de Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *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.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses, objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

#### **ORIENTAÇÃO METODOLÓGICA**

5. Posso afirmar, com tranqüilidade, que a elaboração do Anteprojeto de Código Civil obedeceu a um processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina. Essa linha metodológica tornou-se mais nítida à medida que vieram sendo desenvolvidos os trabalhos, o que confirma, no campo das ciências humanas, o acerto epistemológico de que, na pesquisa científica, é o contato direto e efetivo com a realidade que gera as técnicas e os métodos mais adequados à sua compreensão.

Não é demais recordar que, após assentes as diretrizes fundamentais supra lembradas, e os necessários encontros preliminares, cada um dos membros da Comissão projetou a parte que lhe havia sido atribuída. Na qualidade de Supervisor coube-me, depois, integrar em unidade sistemática os trabalhos recebidos.

Não podia, penso eu, ser de outra forma. Já vai longe o tempo das legislações confiadas a Solon ou Licurgo solitários, tão diversos e complexos são os problemas de nosso tempo. Se se quer um Código Civil que seja expressão dos valores da comunidade, mister é o concurso de representantes dos distintos “campos de interesse”, num intercâmbio fecundo de idéias. Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas.

6. Foi com base nos anteprojetos parciais e nas sugestões recebidas de outras fontes que elaborei a *primeira ordenação sistemática* da matéria, de conformidade com o texto do Anteprojeto que apresentei ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZOID, a 9 de novembro de 1970. No ofício, com que com encaminhei esse trabalho, constam as modificações ou acréscimos que entendi necessário introduzir nos anteprojetos iniciais, solicitando que o resultado de meus estudos fosse objeto da apreciação dos demais membros da Comissão.

Essa unificação, inclusive no tocante à linguagem, tinha, é claro, valor provisório, tendo por escopo fornecer a primeira e indispensável visão de conjunto, o que importou a eliminação de normas porventura conflitantes, bem como a elaboração de outras destinadas a assegurar ao Código o sentido de “*socialidade*” e “*concreção*”, os dois princípios que *fundamentalmente* informam e legitimam a obra programada.

Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Saliento que, já a essa altura, além dos subsídios tradicionais oriundos de corporações jurídicas, vinha somar-se um fator relevante, representado pelas manifestações de múltiplas entidades empresárias, públicas e privadas, bem como de integrantes de todos os círculos sociais, o que passou a dar ao Projeto um sentido diverso, que, para empregarmos expressões correntes ajustadas ao caso, traduziu “verdadeiro diálogo com as forças vivas da nacionalidade”.

7. Enviado o primeiro texto global do Anteprojeto aos meus ilustres colaboradores, procederam eles à sua revisão, sem ficarem adstritos às partes que inicialmente lhes haviam sido confiadas. Ponto alto desse trabalho de crítica objetiva deu-se na reunião do Campos do Jordão, em fins de dezembro de 1970, quando foram examinados, um a um, os artigos do primeiro Anteprojeto, ao qual foram oferecidas múltiplas emendas de conteúdo e de redação. A proposição foi, porém, aceita em sua estrutura sistemática, e no que se refere às principais alterações por mim sugeridas.

Após esse encontro, pode-se dizer que o trabalho se concentrou no reexame metucioso das emendas oferecidas e das sugestões recebidas, de cuja análise resultou o texto do Anteprojeto publicado pela Imprensa Nacional em 1972. Não é demais acrescentar que esse estudo implicou alterações em um ou outro ponto do sistema, consoante será salientado a seguir.

Cabe repetir que, no trabalho inicial, valemo-nos todos não só dos Anteprojetos anteriores, como já foi lembrado, mas também do material recebido do Ministério da Justiça, contendo sugestões provenientes de entidades oficiais e particulares, de professores e advogados, sem se olvidar o pronunciamento do homem comum, interessado na elaboração de uma lei que, acima de todas, lhe diz respeito. Frizo a importância dessas contribuições anônimas, que trouxeram à Comissão material do mais alto significado para juristas empenhados na mais delicada das tarefas, qual seja a de encontrar modelos adequados à multifária e surpreendente condição humana.

Ficava, desse modo, firmada esta diretriz que foi das mais fecundas: a de aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao “direito vivido” pelas diversas categorias profissionais.

Não se cuidou, por conseguinte, de compor um Código tão-somente à vista de outros códigos, num florilégio normativo resultante de preferências pessoais, mas sim de apurar e aferir a linha legal mais conveniente e própria, em função dos fatores operantes na realidade nacional.

8. Obediente a essa diretriz metodológica essencial, a Comissão propôs ao Governo da República que se editasse o Anteprojeto, tal como se deu em agosto de 1972, isto é, três anos e meio após o início de nossos trabalhos. Tão grande foi o interesse por essa publicação que, esgotada a edição oficial, surpreendeu-nos a cooperação espontânea de uma empresa privada, a “Saraiva Livreiros Editores”, que possibilitou fosse o texto amplamente divulgado em todo o País.

A esta altura, merece especial referência, Senhor Ministro, como sinal de atenção dispensada a nosso trabalho, a admirável iniciativa do *Senado Federal*, através de sua Subsecretaria de Edições Técnicas, publicando o texto do Anteprojeto de 1972, em precioso cotejo com as disposições correspondentes do Código Civil em vigor e dos Anteprojetos anteriores, com oportunas remissões a Códigos alienígenas.

Essa publicação, na qual figuram as Exposições de Motivos iniciais dos membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, além de outros seus estudos complementares, constituirá inestimável subsídio para nossos parlamentares quando lhes couber o exame da matéria.

Era natural que o Anteprojeto de 1972 suscitasse inúmeras sugestões e críticas, as quais abrangeram todos os seus livros, sem que houvesse, todavia, objeção de maior monta quanto à estruturação dada à matéria, merecedora que foi, ao contrário, de gerais aplausos.

Não cabe, nos limites desta exposição, referir, uma a uma, as numerosas emendas recebidas, objeto da mais cuidadosa análise, nem falar nas modificações e acréscimos que constituíram, por assim dizer, o resultado de “autocrítica” por parte da própria Comissão, representando talvez cerca de metade das modificações introduzidas

no texto.

Por outro lado, inclusive por motivos de ordem sistemática, mais perceptíveis por quem se acha empenhado na reelaboração global do ordenamento, as emendas, mesmo quando válidas quanto ao conteúdo, tiveram que passar pelo crivo da natural adaptação. Outras vezes, a crítica ao texto era procedente, mas inaceitável a proposta substitutiva, o que levou a Comissão a oferecer outras soluções, superando ou corrigindo sua posição inicial.

Sobretudo no que se refere à redação, adotou-se o critério de rever o texto toda vez que das manifestações recebidas se pudesse inferir a existência de lacuna ou obscuridade.

Lembro tais fatos para demonstrar com que isenção procuramos proceder, dando ao primeiro Anteprojeto o “valor de uma hipótese de trabalho”, para seguirmos a sábia lição metodológica traçada por CLAUDE BERNARD.

Para confirmar ainda mais o caráter “experiential” da obra legislativa em curso, foi o texto, devidamente revisto, republicado em junho de 1974, para nova manifestação dos círculos culturais do País, o que promoveu o aparecimento de livros, artigos em revistas especializadas e jornais, bem como a realização, em todo País, de ciclos de conferências e seminários, dos quais participaram, com entusiasmo, os membros da Comissão. Nem faltaram lisonjeiros pronunciamentos no exterior, não só quanto à estrutura do Projeto como no concernente a várias de suas inovações.

Novas sugestões e emendas; novo trabalho de paciente reexame, elaboradas que foram cerca de 300 emendas, de fundo ou de forma, com as quais a Comissão dá por concluída sua tarefa, com a apresentação a Vossa Excelência do Anteprojeto de Código Civil anexo, o qual, repito, transcende a pessoa de seus autores, tão significativa foi a colaboração dos meios sociais, científicos e econômicos, que nos honraram

com as suas ponderações e críticas construtivas.

Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.

#### **ESTRUTURA E ESPÍRITO DO ANTEPROJETO**

10. As considerações expendidas já elucidam, de certo modo, quais as linhas dominantes da codificação proposta, mas a matéria, por sua relevância, reclama esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de “Código Civil”, um “Código de Direito Privado”, o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade ou conveniência.

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde TEIXEIRA DE FREITAS e INGLEZ DE SOUSA até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

Essa unificação seria imperfeita ou claudicante se não a integrassem preceitos que disciplinam, de maneira geral, os títulos de crédito e as atividades negociais.

Note-se que me refiro aos títulos de crédito em geral, pois no Anteprojeto não figuram senão as regras básicas comuns a todas as categorias de títulos de crédito, como tipos formais que são do Direito obrigacional. Os títulos cambiais constituem espécie desse gênero, e, quer por suas implicações de caráter internacional, como o atesta a Lei comum de Genebra, quer pela especificidade e variabilidade de

seus dispositivos, melhor é que sejam disciplinados por lei aditiva. Lembro tal fato como exemplo de orientação por nós seguida, acorde com uma das diretrizes fundamentais supra discriminadas.

Pela mesma razão, embora de início prevalecesse opinião diversa, foi transferido para a legislação especial o problema das sociedades anônimas, assim como já quedara fora do Código toda matéria de natureza falimentar.

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da “técnica da legislação aditiva”, onde e quando julgada conveniente.

Não é demais advertir, consoante acentua SYLVIO MARCONDES, na Exposição de Motivos que acompanha o Anteprojeto de 1974, a unidade do Direito obrigacional já é uma realidade no Brasil, no plano prático, pois o Código Comercial de 1850 preceitua, em seu art. 121, que, salvo as restrições estabelecidas, “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos mercantis”. Com o advento do Código Civil de 1916, dava-se prosseguimento à mesma linha unificadora, pela aplicação de seus preceitos às atividades negociais, sempre que não houvesse normas de natureza específica.

11. Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas

que, consoante ensinamento inesquecível de TEIXEIRA DE FREITAS, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um “Código de Direito Privado”.

12. Pois bem, se o Anteprojeto coincide, em parte, com os modelos suíço e italiano no que tange à unificação das obrigações, a sua ordenação da matéria obedece a orientação própria inconfundível, vinculada às mais gloriosas tradições de nosso Direito. Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos juristas, TEIXEIRA DE FREITAS, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a *Consolidação das Leis Civis*, de autoria daquele ínclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da Consolidação, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malogrado *Esboço* de Código Civil, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional.

Se lembrarmos que os Anteprojetos de Código Civil dos eminentes juristas FELICIO DOS SANTOS, de 1881, e COELHO RODRIGUES, de 1893, conservam a Parte Geral no plano ordenador da matéria; e se, sobretudo, tivermos presente que a Parte Geral compõe e governa o sistema do Código Civil vigente, graças à lúcida colocação dos problemas feita por CLÓVIS BEVILÁQUA, facilmente se compreende por qual motivo a idéia de abandonar tão conspícuo valor de nossa tradição jurídica não favorecia a reforma programada em 1963/64.

Ora, basta a existência de uma Parte Geral para desfazer a increpação de que teríamos seguido o modelo italiano de 1942, o qual a não possui. Além do mais, no Código Civil peninsular figura toda a disciplina do Direito do Trabalho, que não integra o nosso Anteprojeto, por tratar-se prevalecentemente de matéria de Direito público, equacionável segundo outros ditames e parâmetros.

Pode dizer-se, por conseguinte, que a estrutura do Anteprojeto corresponde a um plano original, como desdobramento de uma diretriz que caracteriza e enobrece a experiência jurídica pátria, tanto no que se refere à Parte Geral, seguida de cinco livros especiais, como no concernente ao tratamento unitário dos institutos mais consolidados do Direito das Obrigações.

13. Não procede a alegação de que uma Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção*, tal como se dá no presente Anteprojeto.

Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético.

Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “*in fieri*”.

A estrutura do Código – e já se percebeu que quando emprego o termo estrutura não me refiro ao arcabouço extrínseco de suas normas, mas às normas mesmas na sua íntima e complementar unidade, ou à sua forma substancial e global – essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência de experiência social concreta.

### **O PROBLEMA DA LINGUAGEM**

14. O problema da linguagem do Anteprojeto preocupou, desde o início, os membros da Comissão, lembrados de que, quando da elaboração do Código de 1916, tais questões prevaleceram, como com sutil ironia foi sublinhado por CLÓVIS, numa preferência pela forma, “ em detrimento da matéria jurídica”.

Embora seja belo ideal a ser atingido – o da composição dos valores formais com os da técnica jurídica –, nem sempre será possível atendê-lo, não se podendo deixar de dar preferência, vez por outra, à linguagem do jurista, sempre vinculada a exigências inamovíveis de certeza e segurança.

Essa dificuldade cresce de ponto se se lembrar que o Anteprojeto conserva, imutáveis, centenas de dispositivos do Código Civil de 1916, onde o gênio de RUI BARBOSA esculpiu as configurações normativas segundo impecável estrutura indiomática. Coube-nos a tarefa ingrata de não destoar desse contexto, mas sem certos preciosismos inadmissíveis em nosso tempo.

O problema da linguagem é inseparável do conteúdo essencial daquilo que se quer comunicar, quando não se visa apenas a informar, mas também a fornecer modelos e diretivas de ação. A linguagem de um Código não se dirige a meros espectadores, mas se destina antes aos protagonistas prováveis da conduta regulada.

Como o comportamento deles implicará sanções premiais ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e se exige.

Com essa compreensão da linguagem jurídica – e, consoante a atual Epistemologia, toda ciência é, no fundo, a sua própria e irrenunciável linguagem –, ver-se-á que, apesar de nosso propósito de elaborar uma legislação dotada de efetivo valor operacional, não descuidamos da forma. Procuramos, em última análise, preservar a beleza formal do Código de 1916, modelo insuperável da vernaculidade, reconhecendo que uma lei bela já é meio caminho andado para a comunicação da Justiça.

15. Intimamente ligado ao problema da linguagem é o da manutenção, no Anteprojeto, como já foi salientado, de centenas de artigos do Código Civil vigente.

Ao contrário do que poderia parecer, a um juízo superficial, o Código de 1916, não obstante ter mais de meio século de vigência, conserva intactas, no fundo e na forma, soluções dotadas de vitalidade atual, que seria erro substituir, só para atender ao desejo de uma redação “modernizada”.

A modernidade de um preceito não depende tão-somente da linguagem empregada, a não ser quando ocorreram mutações semânticas, alterando a acepção original.

Em casos que tais impunha-se a atualização do texto, e ela foi feita com critério e prudência. Fazer alteração numa regra jurídica, por longo tempo trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, só se justifica quando postos em evidência os seus equívocos e deficiências, inclusive de ordem verbal, ou então, quando não mais compatíveis com as necessidades sociais presentes. De outra forma, a alteração gratuita das palavras poderia induzir, erroneamente, o intérprete a buscar um sentido novo que não estava nos propósitos do legislador.

Quanto às remissões de uns artigos a outros do Anteprojeto, preferiu-se fazê-lo tão-somente quando a compreensão do dispositivo o impunha, e não apenas em virtude da correlação da matéria. O problema das remissões é mais denso de consequências do que à primeira vista parece, inclusive quando se tem por fim determinar o sentido pleno dos dispositivos, correlacionando-os logicamente com os de conotação complementar. Se o significado de um dispositivo legal depende da totalidade do ordenamento, essa exigência hermenêutica cresce de ponto, particularizando-se, quando o próprio legislador se refere a outros preceitos para a integração normativa. É a razão pela qual o legislador deve vincular, com a devida parcimônia, um artigo a outros, deixando essa tarefa à dinâmica criadora da doutrina, à luz dos fatos e valores emergentes.

Cumprido, por fim, ressaltar que, não obstante seus méritos expressivos, justamente louvados por sua correção e beleza de linguagem, não é menos certo, todavia, que o Código atual carece, às vezes, de rigor técnico-conceitual, sobretudo se examinado à luz das mais recentes conquistas da Teoria Geral do Direito.

Forçoso foi, por conseguinte, introduzir na sistemática do Código algumas distinções básicas, como, por exemplo, entre validade e eficácia dos atos jurídicos; resolução e rescisão dos contratos; ou entre ratificação e confirmação, e outros mais, que não são de mero alcance doutrinário, e muito menos acadêmico, por envolverem antes consequências práticas, sobretudo para mais segura interpretação e aplicação dos preceitos.

Ao terminar estas referências ao problema da linguagem, quero deixar assinalada a valiosa colaboração do Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ao realizarmos a revisão final dos textos, visando à unidade expressional compatível com a diversidade das questões abrangidas pelo Código.

### **PARTE GERAL**

16. Sendo esta Exposição de Motivos de caráter complementar, à vista das que constam dos Anteprojeto de 1972 e 1974, às quais peço vênia para me reportar, vou limitar-me a fixar os pontos capitais que distinguem a Parte Geral do Anteprojeto, em confronto com a legislação vigente.

Mais do que em qualquer outra parte do Código, vale, nesta, a verdade de que, em matéria de Direito Civil, as reformas mais aparatosas nem sempre são as mais ricas consequências. É lícito dizer-se, parafraseando antiga

parêmia, que uma pequena alteração normativa “maximas inducit consequentias juris”. Basta, com efeito, a dispensa de uma simples formalidade para favorecer o curso dos negócios e contribuir ao desafogo do foro; a simples conversão de um ato jurídico nulo em anulável é suficiente para alterar-se todo o sentido do ordenamento.

Por outro lado, atendendo aos já apontados imperativos técnicos da linguagem do Direito, é sobretudo na Parte Geral que, além de serem fixados os ângulos e parâmetros do sistema, se elegem os termos adequados às distintas configurações jurídicas, o que implicou rigorosa atualização do Código atual, onde não raro se empregam, indiscriminadamente, palavras que devem ter sentido técnico unívoco.

Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não desprecianda, necessidade de distinguir-se entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos em geral, e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a *eficácia* dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes.

Quem analisar com cuidado a Parte Geral poderá notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, assim como a pertinente aos valores da pessoa e dos bens.

17. Relembradas essas diretrizes de ordem geral, será bastante focalizar alguns pontos mais relevantes da reforma, abstração feita de aperfeiçoamentos outros de ordem técnica ou dogmática, já apreciados por MOREIRA ALVES em exposições anteriores.

a) Substantial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso *problema da capacidade* da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, a final, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa.

b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não apenas os surdos mudos, mas todos “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos *Direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.

d) Como continuidade lógica das questões atinentes à pessoa, cuidou-se de reger, na Parte Geral, a *ausência*, adotando-se critérios mais condizentes com as facilidades de comunicação e informação próprias de nosso tempo.

e) Tratamento novo foi dado ao tema *peçoas jurídicas*, um dos pontos em que o Código Civil atual se revela lacunoso e vacilante. Fundamental, por sua repercussão em todo sistema, é uma precisa distinção entre as pessoas jurídicas de fins não econômicos (associações e fundações) e as de escopo econômico (sociedade simples e sociedade empresária), aplicando-se a estas, no que couber, as disposições concernentes às associações. Revisto também foi todo capítulo relativo às fundações, restringindo-se sua destinação a fins religiosos, morais, culturais, ou de assistência.

f) Daí as regras disciplinadoras da vida associativa em geral, com disposições especiais sobre as causas e a forma de *exclusão de associados*, bem como quanto à *repressão do uso indevido da personalidade jurídica*, quando esta for desviada de seus objetivos sócio-econômicos para a prática de atos ilícitos, ou abusivos.

g) Foram reformulados os dispositivos concernentes às *peçoas jurídicas de Direito Público* interno, inclusive para atender à situação dos Territórios, aos quais se não pode recusar aquela qualidade, quando a possuem os municípios que os integram. Os Territórios não são unidades político-administrativas dotadas de autonomia, mas devem ser considerados pessoas jurídicas de Direito Público, dada a extensão que tal conceito adquiriu no mundo contemporâneo, com o aparecimento de entidades outras como as autarquias, fundações de Direito Público etc.

h) Mais precisa discriminação dos *bens públicos*, cuja imprescriptibilidade foi mantida, inclusive quanto aos dominicais, mas com significativa ressalva do disposto em leis especiais, destinadas a salvaguardar os interesses

da Fazenda, mas sem prejuízo de determinadas situações privadas merecedoras de amparo.

i) Atualização das normas referentes aos fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos *negócios jurídicos*, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda a parte relativa ao Direito das Obrigações. Nesse, como em outros pontos, procura-se obedecer a uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916.

j) As disposições relativas à *lesão enorme*, para considerar-se anulável o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

l) Correlação mais harmônica entre a disciplina dos atos ilícitos e a parte do Direito das Obrigações pertinente à “responsabilidade civil”.

m) Maior distinção, sem perda do sentido de sua complementariedade, entre as normas pertinentes à *representação* e ao *mandato*, as deste transferidas para o Livro do Direito da Obrigações.

n) Foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre “juridicidade” e “licitude”, por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS KELSEN, a tese de que não podem deixar de ser considerados “jurídicos” os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos. (Cfr. as considerações expendidas, sobre esse e outros problemas técnico-dogmáticos nas Exposições de Motivos de MOREIRA ALVES e do signatário, publicadas com o Anteprojeto de 1974).

o) Relevante alteração se fez no tocante ao *instituto da simulação*, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma.

p) Atendendo a justas ponderações, foi suprida relevante lacuna quanto à falta de determinação normativa da “*escritura pública*”, até agora regida por usos e costumes, que remontam às Ordenações do Reino, completados por disposições regulamentares. No Projeto foram compendiados os requisitos essenciais desse instrumento, a que os Códigos e as leis se referem, sem que houvessem sido claramente fixadas as suas exigências formais, como meio fundamental de prova.

18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da *prescrição* e *decadência*, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes. Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. *Prazos de prescrição*, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de *decadência* todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

19. Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a *ação* ou a *pretensão*. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos. É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável, num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras, o que se procurou satisfazer nas demais secções do Anteprojeto.

20. Finalmente, não posso deixar sem reparo a manutenção no Código Civil dos dispositivos referentes às pessoas e bens públicos. Não há razão para considerar incabível a disciplina dessa matéria no âmbito da Lei Civil. Não se trata de apego a uma concepção privatista do Direito Administrativo, que está bem longe das conhecidas posições do autor desta Exposição, mas reflete, antes de mais nada, a compreensão da Filosofia e Teoria Geral do Direito contemporâneo, as quais mantêm a distinção entre direito Público e Privado como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques. Abstração feita, porém, desse pressuposto de ordem teórica, há que considerar outras razões não menos relevantes, que me limito a resumir.

A permanência dessa matéria no Código Civil, além de obedecer à linha tradicional de nosso Direito, explica-se:

1) Por ser grande número dos princípios e normas fixados na Parte Geral de larga aplicação nos domínios do Direito Público, em geral, e Administrativo, em particular, como o reconhece, entre tantos outros, o mestre GUIDO ZANOBINI, um dos mais ardorosos defensores da autonomia dogmática de sua disciplina (Cfr. “Novissimo Digesto Italiano”, vol. V, pag. 788).

2) Por melhor se determinarem os conceitos de personalidade e bens públicos e privados, quando postos em

confronto uns com os outros, dada a sua natural polaridade.

3) Por inexistir um Código de Direito Administrativo, ainda de incerta elaboração, sendo o Código Civil, sabidamente, a lei comum, que fixa os lineamentos lógico-normativos da experiência jurídica.

4) Por resultarem da disciplina feita várias consequências relevantes na sistemática do Código, a começar pela atribuição ao Território, erigido à dignidade de pessoa jurídica, de uma série de direitos antes conferidos à União.

5) Por serem aplicáveis as normas do Código Civil às entidades constituídas pelo Poder Público em função ou para os fins de seus serviços, sempre que a lei que as instituir não lhes der ordenação especial, o que se harmoniza com o que determina o art. 170, § 2º da Constituição de 1969, segundo o qual “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas”.

## PARTE ESPECIAL

### LIVRO I

#### DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

21. Mantida, em linhas gerais, a sistematização da matéria proposta pelo ilustre Professor AGOSTINHO ALVIM, e por ele tão minuciosa e objetivamente fundamentada, apresenta a redação final do Projeto algumas modificações, resultantes da orientação seguida nas demais partes do sistema, bem como para acentuar a atendimento às já apontadas exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, “ad instar” do que se dá com o direito de propriedade.

Outras alterações resultaram do estudo de sugestões recebidas de órgãos representativos de diversos “campos de interesse”, como se dá, por exemplo, quanto ao contrato de empreitada. As reivindicações dos construtores foram atendidas, sem se deixar de salvaguardar, concomitantemente, os direitos dos proprietários. Este é, dentre muitos, um exemplo de como se procurou sempre compor os imperativos do bem individual com os do bem comum.

Observo, outrossim, que, em mais de um passo, o Projeto final integra em seu contexto algumas proposições normativas constantes dos Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e 1965, às vezes sem lhes alterar a redação, assim como adota outras soluções inspiradas nas mais recentes codificações ou reformas legislativas estrangeiras aplicáveis às nossas circunstâncias.

Não me posso alongar nas razões determinantes das modificações ou acréscimos propostos à legislação vigente, neste como nos demais Livros do Anteprojeto, mas elas se explicam graças ao simples cotejo dos textos. Limiteme, pois, a lembrar os pontos fundamentais, sem ser necessário fazer referências minuciosas às *novas figuras contratuais* que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, como os contratos de comissão, de agência e distribuição, corretagem, incorporação edilícia, transporte etc., aos quais foram dadas soluções inspiradas na experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, indo-se além dos conhecidos modelos das mais recentes codificações. Demonstração cabal de nosso cuidado em dotar o País de institutos reclamados pelo estado atual de nosso desenvolvimento está no fato de, ainda agora, já em terceira revisão do texto, acrescentarmos um conjunto de normas disciplinando “o contrato sobre documentos” de grande relevância sobretudo no comércio marítimo.

Por outro lado, firme consciência ética da realidade sócio-econômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de *onerosidade excessiva*, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da “socialidade” do Direito.

Além disso, entendeu-se conveniente dar diversa configuração aos contratos aleatórios, nos quais não se prevê apenas a entrega de coisas futuras, mas toda e qualquer prestação que, por sua natureza ou convenção, possa importar risco, explicável em função da estrutura do negócio jurídico. O mesmo se diga quanto aos contratos preliminares ou os estipulados com pessoa a declarar.

22. Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber:

a) Conservar a *sistemática atual*, pela disciplina das obrigações, a partir da discriminação de suas modalidades, uma das mais elegantes contribuições do direito pátrio, não obstante indispensáveis complementos e retificações, desprezando-se a referência inicial ao sempre controvertido problema das fontes, e também em razão do já disciplinado na Parte Geral.

b) Harmonizar a matéria relativa ao *inadimplemento das obrigações* (Título IV do Livro I) com os demais artigos do Projeto que firmam novas diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil.

c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética

da experiência jurídica.

d) Atualizar e reordenar as disposições gerais concernentes à *compra e venda*, mantendo, sempre que possível, neste como em outros pontos do Projeto, uma rigorosa distinção entre *validade e eficácia* dos negócios jurídicos. No tocante à questão do preço, foi dada, por exemplo, maior flexibilidade aos preceitos, prevendo-se, tal como ocorre no plano do Direito Administrativo, a sua fixação mediante parâmetros. Não é indispensável que o preço seja sempre predeterminado, bastando que seja garantidamente determinável, de conformidade com crescentes exigências da vida contemporânea. Tal modo de ver se impõe, aliás, pela unidade da disciplina das atividades privadas, assente como base da codificação.

e) Prever, além da venda à vista de amostras, a que se realiza em função de *protótipos e modelos*.

f) Conferir ao *juiz poder moderador*, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos, como, por exemplo, nos de locação, sempre que julgar excessiva a exigência do locador.

g) Incluir normas sobre *contratos de adesão*, visando a garantir o aderente perante o ofertante, dotado de vantagens que sua posição superior lhe propicia.

h) Disciplinar a *locação de serviços* de maneira autônoma, em confronto com as regras pertinentes ao Direito do Trabalho, prevendo-se, entre outros, os casos em que se deverá considerar exigível a retribuição devida a quem prestar os serviços, embora sem título de habilitação, com benefício real para a outra parte.

i) No capítulo relativo à *empreitada*, estabelecer disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos. Por outro lado, os contratos de construção põem problemas novos, como os concernentes aos direitos e deveres do *projetista*, distintos dos do construtor, superando-se, desse modo, sentida lacuna do Código atual. Também neste capítulo, como nos demais, foi dada especial atenção aos casos de excessiva onerosidade, prevendo-se regras capazes de restabelecer o equilíbrio dos interesses em conflito, segundo critérios práticos para a sua solução. Embora se pudesse considerar tal matéria implícita nos preceitos relativos à “resolução dos contratos por onerosidade excessiva”, atendeu-se a algumas particularidades da matéria no âmbito do negócio de empreitada.

j) Dar novo tratamento ao *contrato de seguros* claramente distinto em “*seguro de pessoa*” e “*seguro de dano*”, tendo sido aproveitadas, nesse ponto, as sugestões oferecidas pelo Prof. FABIO KONDER COMPARATO, conforme estudo anexado ao citado ofício de 9 de novembro de 1970. Nesse, como nos demais casos, procura o projeto preservar a situação do segurado, sem prejuízo da certeza e segurança indispensáveis a tal tipo de negócio.

l) Disciplinar o *contrato de transporte* que tem existido entre nós como simples contrato inominado, com base em normas esparsas. A solução normativa oferecida resulta dessa experiência, à luz dos modelos vigentes em outros países, com precisa distinção entre *transporte de pessoas* e *transporte de coisas*.

m) Disciplinar, com a devida amplitude e precisão, a matéria relativa ao contrato de *incorporação de edifícios* em condomínio, que se preferiu denominar contrato de “*incorporação edilícia*”, discriminando as responsabilidades do incorporador, do construtor e de quantos participam do referido negócio.

n) Adotar as disposições sobre *contratos bancários*, salvo modificação de redação e alguns elementos complementares, constantes do Projeto de Código de Obrigações de 1965.

o) Dar à disciplina geral dos *títulos de crédito* um tratamento mais amplo, conforme sugestões oferecidas pelo Professor MAURO BRANDÃO LOPES, cujo anteprojeto e respectiva Exposição de motivos foram anexados ao ofício suprarreferido.

p) Novo enfoque dado à matéria de *responsabilidade civil*, não só pela amplitude dispensada ao conceito de dano, para abranger o *dano moral*, mas também por se procurar situar, com o devido equilíbrio, o problema da *responsabilidade objetiva*.

q) Disciplina da *venda com reserva de domínio*, cuja regulamentação no Código de Processo Civil mistura textos de direito substantivo com os de direito adjetivo.

r) Alteração substancial no Título pertinente aos *atos unilaterais*, por entender-se, consoante sistematização proposta por AGOSTINHO ALVIM, que entre as obrigações originárias da declaração unilateral da vontade devem figurar a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.

s) Aceitação da *revalorização da moeda* nas dívidas de valor, mas proibição de cláusulas de correção monetária nos demais casos, com expressa ressalva, porém, da validade da estipulação que prevê aumentos progressivos no caso de serem sucessivas as prestações.

t) Reformulação do *contrato com pessoa a nomear*, para dar-lhe maior aplicação e amplitude, enquanto que, no Anteprojeto anterior, ficara preso, segundo o modelo do Código Civil italiano de 1942, ao fato de já existir a pessoa no ato de conclusão do contrato.

u) *Limitação do poder de denúncia unilateral dos contratos* por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável, compatível com as despesas feitas.

Esta sugestão, por mim feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação que tivemos no sentido de coarctar os abusos do poder econômico.

v) Inclusão, entre os casos de *preempção* ou *preferência*, de norma aplicável quando o Poder Público não der à coisa expropriada o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos.

x) Reformulação do contrato de *agência e distribuição* para atender à lei especial que disciplina a matéria sob o título impróprio de “representação comercial”. As ponderações feitas pelos interessados foram levadas na devida conta, o que vem, mais uma vez, confirmar a diretriz seguida no sentido de se procurar sempre a solução normativa mais adequada aos distintos campos de atividade, conciliando-se os interesses das categorias profissionais com as exigências da coletividade.

y) A idênticos propósitos obedeceu a revisão do *contrato de transporte*, que também não pode dispensar a existência de lei especial, em virtude de problemas conexos de Direito Administrativo ou Tributário. Isto não obstante, a Comissão acolheu várias sugestões recebidas, visando a dar maior certeza a esse tipo de contrato, de modo a amparar os interesses dos transportadores e os dos usuários.

z) E, finalmente, para dar mais um exemplo do cunho de “socialidade” ou “justiça social” que presidiu a elaboração do Projeto, em todas as suas fases, destaco a nova redação do preceito que fixa a medida das *indenizações*: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

23. O método de submeter os Anteprojetos à aferição pública, ouvidas as categorias profissionais, possibilitou a revisão dos textos “in concreto”, assim como revelou imperfeições e lacunas no que se refere a determinados problemas postos pela unificação do Direito das Obrigações.

Verificada a inexistência de disposições capazes de atender a certos aspectos da atividade negocial, houve sugestões no sentido de se acrescentarem regras especiais sobre mandato ou depósito mercantis, como tipos autônomos de contrato, a fim de satisfazer a exigências da vida comercial ou empresária. Examinando detidamente a matéria, cheguei à conclusão, compartilhada pelos demais companheiros de trabalho, de que o que se impunha era antes a revisão daqueles e outros institutos, enriquecendo-se o Anteprojeto com normas capazes de resolver questões que não podem, efetivamente, deixar de ser contempladas, uma vez fixada a diretriz unificadora do Direito das Obrigações. A essa luz, o *mandato* ou *depósito* passaram a ser disciplinados sob o duplo aspecto de sua gratuidade ou onerosidade, segundo sejam exercidos ou não em virtude de atividade profissional e para fins de lucro. Nessa obra integradora ainda se revelaram, por sinal, de plena atualidade as disposições do nosso Código de Comércio de 1850.

O mesmo se diga quanto aos preceitos que, no Projeto definitivo, vieram disciplinar a questão do *lugar da tradição da coisa vendida*. Desse modo, em função dos ditames da experiência, completou-se a obra de integração das relações obrigacionais, sem perda de seu sentido unitário e de suas naturais distinções.

## LIVRO II DA ATIVIDADE NEGOCIAL

24. Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela *empresa*, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de *atividade negocial*, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos:

1) do *pequeno empresário*, caracterizado pela natureza artesanal da atividade, ou a predominância do trabalho próprio, ou de familiares, em relação ao capital.

2) dos que exercem *profissão intelectual* de natureza científica, literária, ou artística, ainda que se organizem para tal fim.

3) do *empresário rural*, ao qual, porém, se faculta a inscrição no Registro das Empresas, para se subordinar às normas que regem a atividade empresária como tal.

4) da *sociedade simples*, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao “empresário”, ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a “sociedade empresária”, salvo se por ações.

Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do

Anteprojeto, *empresa* e *estabelecimento* são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são “os titulares da empresa”.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, “a unidade econômica de produção”, ou “a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais “estabelecimentos”, os quais são complexos de bens ou “bens coletivos” que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de “ato de comércio”, é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de “fundo de comércio” cede lugar à de “estabelecimento”. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de “fundo de comércio” é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, “que é o corpo de um organismo vivo”, “todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção.” (“La Théorie des Obligations”, Paris, 1967, pag. 124).

Disciplina especial recebem, no Projeto, os “titulares da empresa”, que podem ser tanto uma pessoa física (*o empresário*) como uma pessoa jurídica (*a sociedade empresária*).

Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de “sociedade *civil* de fins econômicos”, pois, no âmbito do Código Civil unificado, são *civis* tanto as associações como as sociedades, qualquer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em *simples* ou *empresárias*, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício.

25. Reportando-me à ampla exposição feita pelo ilustre Professor SYLVIO MARCONDES, bastará, penso eu, para ter-se uma idéia geral do Anteprojeto – objetivo que me move neste trabalho –, salientar mais os seguintes tópicos:

- a) Revisão dos *tipos tradicionais de sociedade*, para configurá-los com melhor técnica, em função das características que a atividade negocial, em geral, e a empresária, em particular, assume no mundo contemporâneo.
- b) Fixação dos *princípios* que governam todas as formas de vida societária, em complementariedade ao já estabelecido, na Parte Geral, quanto às associações.
- c) Com a instituição da *sociedade simples*, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivo para todos os tipos de sociedade.
- d) Minucioso tratamento dispensado à *sociedade limitada*, destinada a desempenhar função cada vez mais relevante no setor empresarial, sobretudo em virtude das transformações por que vêm passando as sociedades anônimas, a ponto de requererem estas a edição de lei especial, por sua direta vinculação com a política financeira do País. Nessa linha de idéia, foi revista a matéria, prevendo-se a constituição de entidades de maior porte do que as atualmente existentes, facultando-se-lhes a constituição de órgãos complementares de administração, como o Conselho Fiscal, com responsabilidades expressas, sendo fixados com mais amplitude os poderes da assembléia dos sócios.
- e) Fixação, em termos gerais, das normas caracterizadoras das *sociedades anônimas e das cooperativas*, para ressalva de sua integração no sistema do Código Civil, embora disciplinadas em lei especial.
- f) Capítulo próprio destinado ao delicado e momentoso problema das *sociedades ligadas*, distintas em controladas, filiadas e de simples participação, correspondendo a cada uma dessas categorias estatuições e exigências diversas, sobretudo no que se refere à obrigação ou não de publicação de balanços consolidados, patrimonial e de resultado econômico.
- g) Normas atualizadas sobre o processo de *liquidação das sociedades*, para pôr termo às delongas e erosões que caracterizam, hoje em dia, essa fase sempre crítica, quando não tormentosa, da vida societária.
- h) Idem quanto aos processos de *transformação, incorporação e fusão* das sociedades.
- i) Disciplina das sociedades dependentes de *autorização*, quer nacionais, quer estrangeiras, com o que se preenche grave lacuna na legislação vigente.
- j) Determinação das notas distintivas do “*estabelecimento*”, que, como já foi frisado, representa o instrumento ou meio de ação da empresa.
- l) Disposições especiais estabelecendo, com a devida prudência, as exigências mínimas a que estão obrigados todos os empresários e sociedades empresárias em sua escrituração.
- m) Atualização, nesse sentido, do *sistema de contabilidade*, com a permissão de processos mecanizados ou eletrônicos, o que foi alvo de referências economistas por autores estrangeiros que trataram do assunto.
- n) Elaboração de outros institutos complementares sobre *Registro, Nome e Preposição*, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento de nossa vida empresarial.

### LIVRO III DO DIREITO DAS COISAS

26. Demonstração cabal da objetividade crítica, com que sempre procurou se conduzir na feitura do Anteprojeto, deu-a a Comissão ao restabelecer o art. 485 do Código Civil atual em matéria de posse, não só para atender às objeções suscitadas pelo novo texto proposto, mas também para salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação.

Nos demais pontos foi mantida, porém, a orientação do Anteprojeto, o qual efetivamente dá contornos mais precisos e práticos a várias disposições sobre posse, inspirando-se na experiência das últimas décadas.

A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna.

Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea.

Bastará, nesse sentido, atentar para o que o Anteprojeto dispõe sobre o exercício do direito de propriedade; o usucapião; os direitos de vizinhança, ou os limites traçados aos direitos dos credores hipotecários ou pignoratícios, para verificar-se como é possível satisfazer aos superiores interesses coletivos com salvaguarda dos direitos individuais.

27. Em complemento às considerações expendidas pelo ilustre professor EBERT VIANNA CHAMOUN, nas publicações anteriores, vou focalizar apenas alguns aspectos mais salientes da reforma:

a) Em primeiro lugar, a substancial alteração feita na enumeração taxativa dos direitos reais, entre eles se incluindo a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel.

b) O reconhecimento do direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de tal modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

c) O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores. Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.

d) As mesmas razões determinantes do dispositivo supra mencionado levaram a Comissão a reduzir para quinze anos o *usucapião extraordinário* se, durante esse tempo, o possuidor, houver pago os impostos relativos ao prédio, construindo no mesmo a sua morada ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Pareceu mais conforme aos ditames sociais situar o problema em termos de “*posse trabalho*”, que se manifesta através de obras e serviços realizados pelo possuidor. O mero pagamento de tributos, máxime num país com áreas tão ralmente povoadas, poderia propiciar direitos a quem se não encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal.

e) O mesmo se diga no concernente ao dispositivo que reduz a cinco anos o *usucapião fundado em justo título* e boa-fé, quando o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro de

imóveis.

f) Por ter-se reconhecido o Território como pessoa jurídica de Direito Público interno, passam os *imóveis urbanos abandonados* a caber aos respectivos Municípios, tal como se dá quando estes integram os Estados. Exceção a essa regra geral é relativa a *imóvel rústico abandonado*, pois, nesse caso, é natural que seja destinado à União para fins de política agrária.

g) A fim de dirimir dúvidas que têm causado graves danos, outorga-se ao proprietário do solo o direito de *explorar recursos minerais* de reduzido valor, independente de autorização “in casu”, salvo o disposto em lei especial.

h) Tendo sido firmado o princípio da enumeração taxativa dos direitos reais foi mister atender à chamada “*concessão de uso*”, tal como já se acha em vigor, “ex vi” do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre loteamento urbano.

Trata-se de inovação recente de legislação pátria, mas com larga e benéfica aplicação. Como a lei estende a “concessão de uso” às relações entre particulares, não pode o Projeto deixar de contemplar a espécie. Consoante justa ponderação de JOSÉ CARLOS DE MOREIRA ALVES, a “migração” desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para a do Direito Privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da *superfície*.

i) Na mesma linha de idéias, foram reexaminadas algumas questões pertinentes ao *direito de vizinhança*, encontrando-se nova solução para o delicado problema das construções erguidas em terreno limítrofe, caso em que é mister conciliar o direito do proprietário, que sofreu a invasão, com o valor intrínseco do que se edificou. Pelas normas adotadas, o acréscimo, resultante da utilização da área ocupada, passa, em determinadas hipóteses, a ser computado no cálculo da indenização devida, distinguindo-se, outrossim, entre invasão de boa ou de má fé. Pode dizer-se que, desse modo, se faz um “balanço de bens”, compondo-se o direito individual de propriedade com o valor econômico do que se construiu.

j) Fundamentais foram também as alterações introduzidas no instituto que no Projeto recebeu o nome de “*condomínio edilício*”. Este termo mereceu reparos, apodado que foi de “barbarismo inútil”, quando, na realidade, vem de puríssima fonte latina, e é o que melhor corresponde à natureza do instituto, mal caracterizado pelas expressões “condomínio horizontal”, “condomínio especial”, ou “condomínio em edifício”. Na realidade, é um condomínio que se constitui, objetivamente, *como resultado do ato de edificação*, sendo, por tais motivos, denominado “edilício”. Esta palavra vem de “aedilici (um)”, que não se refere apenas ao edil, consoante foi alegado, mas, como ensina o Mestre F. R. SANTOS SARAIVA, também às suas atribuições, dentre as quais sobrelevava a de fiscalizar as construções públicas e particulares.

A doutrina tem salientado que a disciplina dessa espécie de condomínio surgiu, de início, vinculada à pessoa dos condôminos (*concepção subjetiva*) dando-se ênfase ao que há de comum no edifício, para, depois, evoluir no sentido de uma *concepção objetiva*, na qual prevalece o valor da *unidade autônoma*, em virtude da qual o condomínio se instaura, numa relação de meio a fim. Donde ser necessário distinguir, de maneira objetiva, entre os atos de *instituição* e os de *constituição* do condomínio, tal como se configura no Projeto. Para expressar essa nova realidade institucional é que se emprega o termo “condomínio edilício”, designação que se tornou de uso corrente na linguagem jurídica italiana, que, consoante lição de RUI BARBOSA, é a que mais guarda relação com a nossa. Esta, como outras questões de linguagem, devem ser resolvidas em função das necessidades técnicas da Ciência Jurídica, e não apenas à luz de critérios puramente gramaticais.

Ainda no concernente a essa matéria, apesar de expressa remissão à lei especial, entendeu-se de bom alvitre incluir no Código alguns dispositivos regravando os direitos e deveres dos condôminos, bem como a competência das assembléias e dos síndicos.

l) De grande alcance prático é o instituto da *propriedade fiduciária*, disciplinado consoante proposta feita pelo Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que acolheu sugestões recebidas do Banco Central do Brasil e analisou cuidadosamente ponderações feitas por entidades de classe. Passou a ser considerada constituída a propriedade fiduciária com o arquivamento, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, do contrato celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título. Note-se que, em se tratando de veículos, além desse registro, exige-se o arquivamento do contrato na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de propriedade.

Os demais artigos, embora de maneira sucinta, compõem o essencial para a caracterização da propriedade fiduciária, de modo a permitir sua aplicação diversificada e garantida no mundo dos negócios.

m) A igual exigência de certeza jurídica obedece a disposição segundo a qual o *penhor de veículos* se constitui mediante instrumento público ou particular, também inscrito no Registro de Títulos e Documentos, com a devida anotação no certificado de propriedade.

n) Relativamente à proposta feita no sentido de se incluir no Código a normação das *letras hipotecárias*, entendeu a Comissão preferível deixar o assunto para *lei aditiva*, tal como está previsto no Projeto. O mesmo

deverá ocorrer, aliás, com as cédulas rurais pignoratícias, ou as de penhor industrial ou mercantil.

o) Foi mantida entre os direitos reais de garantia a *anticrese*, mas devidamente atualizada e suscetível de servir como modelo jurídico de aplicação prática.

p) Atualizado foi o *instituto da hipoteca*, acolhendo-se valiosas propostas feitas pelo Prof. CLOVIS DO COUTO E SILVA, consoante por mim lembrado na Exposição que acompanha o Anteprojeto de 1972.

q) Finalmente, não se manteve o instituto da *enfiteuse* no que se refere aos bens particulares.

#### LIVRO IV

#### DO DIREITO DE FAMÍLIA

28. A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, como já se terá notado, não obstante o seu constante empenho em adequar a lei civil às exigências de nosso tempo, sempre preferiu preservar a estrutura da ora em vigor, enriquecendo os seus títulos com novos institutos e figuras.

No caso, porém, do Direito de Família, deu-se razão ao Professor COUTO E SILVA no sentido de se destinar um Título para reger o *direito pessoal*, e outro para disciplina do *direito patrimonial* de família. Na realidade é esse o Livro do Código atual que mais se ressentiu de falta de harmonia sistemática, nem sempre se sucedendo os capítulos segundo rigoroso desdobramento lógico. Todavia, os dispositivos referentes à tutela e à curatela compõem um Título à parte, tal a correlação que, nesses institutos, existe entre os aspectos pessoais e patrimoniais.

29. No que se refere ao conteúdo dos dispositivos, como era de se esperar, a parte relativa ao Direito de Família foi a que mais suscitou divergências e críticas, resultantes, quase sempre, de falha interpretação dos textos, inclusive pelo vício de se analisar um artigo sem situá-lo na totalidade do sistema.

Observe-se, desde logo, que algumas disposições foram alvo de críticas antagônicas, uns entendendo que a Comissão assumira uma posição retrógrada, mesmo em confronto com a legislação vigente, enquanto que outros a condenavam por desmedidos excessos...

Tais contradições da crítica ocorreram especialmente no que se refere à posição dos cônjuges, parecendo aos tradicionalistas um grave erro o abandono da natural preeminência que deveria ser assegurada ao marido, a cobro de qualquer contrasteação; em franco contraste, pois, com os defensores da absoluta igualdade entre os esposos, a ponto de condenarem quaisquer disposições tendentes a proteger a mulher no seio da família.

Entre esses dois extremos situa-se o Anteprojeto, que põe termo ao “poder marital”, pois não se pode dizer que este subsista só pelo fato de caber ao marido a direção da sociedade conjugal, visto como ele só poderá exercer com a colaboração da mulher, no interesse do casal e do filho.

Além do mais, essa direção sofre limitações expressas, conforme resulta da análise conjunta das seguintes diretivas:

1) As questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira –consoante posição que lhe atribui a lei vigente – para passar a ter “*poder de decisão*”, conjuntamente com o esposo.

2) Prevaecem as decisões tomadas pelo marido, em havendo divergência, mas fica ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria personalíssima.

3) O domicílio do casal é escolhido por ambos os cônjuges, e não apenas pelo marido, como dispõe o Código atual, que se limita a conferir à mulher a faculdade de recorrer ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique, de conformidade com a redação dada ao seu art. 233 pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

4) Pode a mulher, assim como o marido, ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

5) O exercício do pátrio poder compete a ambos os cônjuges, com a mesma configuração jurídica consagrada pela lei atual.

6) Cabe à mulher, como norma geral, a administração dos bens próprios. Posta essa questão nos seus devidos termos, outras alterações introduzidas no Livro IV merecem referência, a começar pelas duas omissões que efetivamente não se justificavam, uma no tocante à proibição de casamento do adúltero com o seu co-réu por tal condenado; a outra relativa à possibilidade de dispensa de prazo para que possa a viúva contrair novas núpcias, em se verificando ocorrência de gravidez.

30. Abstração feita dessas duas lacunas, que resultaram de lapso na transposição de artigos, parece-me bastante salientar mais alguns pontos, pois não caberia repetir o que se acha minuciosamente exposto na Exposição de Motivos Complementar do Prof. CLOVIS DO COUTO E SILVA, ao Anteprojeto de 1974:

a) As normas sobre o registro civil do *casamento religioso*, de conformidade com o que dispõe a Constituição, com os corolários indispensáveis para se por termo aos abusos que ora se praticam.

b) Nova disciplina dada à matéria de *invalidade do casamento*. Segundo a nova sistemática, que corresponde melhor à natureza das coisas, além de ser *nulo de pleno direito* o casamento realizado com infringência de

qualquer impedimento, tal como já o declara o Código atual (arts. 183, I a VII e 207), também o será quando contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Todas as demais hipóteses passam a constituir *motivo de anulação*, como se dá no caso de falta de idade mínima para casar; se o casamento for do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; ou se incompetente a autoridade celebrante.

c) Considerar *erro essencial*, quanto à pessoa do outro cônjuge, a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave, incurável e que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, caso em que o casamento pode ser anulado.

d) Elevação para quatro anos do prazo de decadência para anulação do casamento em virtude de *coação*.

e) Revisão dos preceitos pertinentes à contestação, pelo marido, da *legitimidade do filho* nascido de sua mulher, ajustando-os à jurisprudência dominante.

f) Direito reconhecido à mulher de retomar seu *nome de solteira*, se condenado o marido na ação de desquite.

g) Previsão da hipótese de *separação ininterrupta do casal*, por mais de cinco anos, para equipará-la ao desquite, tão-somente para fim de reconhecimento dos filhos adulterinos.

h) Se não houver acordo entre os pais no tocante à autorização para o *casamento de filho menor de vinte e um anos*, prevalecerá a opinião do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução de divergência em questões essenciais, *ad instar* do que já dispõe o Projeto sobre a direção da sociedade conjugal, ou o exercício do pátrio poder.

i) Exigência de ação direta para *decretação da nulidade do casamento*.

j) A obrigação de ambos os cônjuges, quando casados no regime de separação, de *contribuir para as despesas do casal* na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

l) Nova disciplina do *instituto da adoção*, distinta em “adoção plena” e “adoção restrita”, de sorte a permitir atendimento de situações distintas, prevendo-se, no primeiro caso, a plena integração do adotado na família do adotante.

m) Homologação pelo juiz da escritura que institui a *adoção restrita*, reconhecendo-se que a dispensa de homologação poderia dar lugar a abusos.

n) Estabelecer, como regime legal, o da *comunhão parcial com comunhão de aqüestos*, de conformidade com o que vinha sendo insistentemente reclamado pela doutrina.

Facilita-se, todavia, a adoção do regime da comunhão universal mediante simples declaração dos nubentes, no ato de casar, desde que devidamente tomada por termo.

o) Sob a denominação de “*regime de participação final nos aqüestos*”, para distingui-lo do regime de comunhão parcial, que implica aquela participação desde a celebração do casamento, prevê-se um novo regime de bens que poderá atender a situações especiais, tal como se verifica nas Nações que vão atingindo maior grau de desenvolvimento, sendo freqüente o caso de ambos os cônjuges exercerem atividades empresariais distintas.

p) Disciplina da *prestação de alimentos* segundo novo espírito, abandonando o rígido critério da mera garantia de meios de subsistência.

q) Manter a instituição do *bem de família*, mas de modo a torná-lo suscetível de realizar efetivamente a alta função social que o inspira, inclusive de uma forma que, a meu ver, substitui, com vantagem, as soluções até agora oferecidas no Brasil ou no estrangeiro, prevendo-se a formação de um patrimônio separado cuja renda se destine a efetiva salvaguarda da família.

r) Revisão das normas relativas à *tutela*, a fim de melhor disciplinar a competência do tutor, tornando-a mais condizente com a realidade.

s) Nova discriminação dos casos de *curatela*, em consonância com a disposição da Parte Geral sobre incapacidade relativa, acrescentando-se a hipótese de curatela do enfermo ou portador de deficiência física.

t) Transferência para lei especial da disciplina das *relações patrimoniais entre concubinos*, a fim de que possam ser considerados outros aspectos da questão, inclusive em termos de sociedade de fato, consoante vem sendo elaborado pela jurisprudência.

31. Antes de concluir estas notas sobre Direito de Família, cabe lembrar que se estranhou houvesse sido previsto um “regime de participação final dos aqüestos”, não correspondente a nenhum modelo alienígena. Trata-se, efetivamente, de contribuição original, que tem alguns pontos de contato com o estabelecido pela Lei que entrou em vigor em Quebec, em julho de 1970. Na Exposição de Motivos ministerial que precede este documento legal, é dito que esse novo regime “quer expressar uma realidade profunda: dois seres, que se unem pelo casamento, contribuem, através dos dias, cada um a seu modo, em forma diferente, à acumulação, salvaguarda e acréscimo do patrimônio familiar. Parece, portanto, justo e equitativo que, ao terminar a associação conjugal, os cônjuges possam, na ausência de convenções expressas em contrário, dividir em dois o que houverem adquirido juntos”. Não obstante a diferença entre os dois modelos, tais palavras servem de fundamento ao que se disciplina no

Anteprojeto.

Essa e outras contribuições, sem se olvidar as de natureza sistemática, como a rigorosa distinção do Direito de Família em *peçoal e patrimonial*, demonstram que o Livro IV do Anteprojeto foi elaborado não só com ciência, mas também com plena consciência do valor social e espiritual da instituição da família, que constitui a base inamovível dos valores mais altos da comunidade.

#### LIVRO V DO DIREITO DAS SUCESSÕES

32. As modificações operadas no Direito de Família implicaram correspondentes alterações no Direito das Sucessões, cujos dispositivos foram também revistos para atender a lacuna e deficiência do Código Civil atual, apontadas pela doutrina e a jurisprudência.

Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aqüestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o *cônjuge* a ser considerado *herdeiro necessário*, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto.

Por outro lado, havia necessidade de superar-se o individualismo que norteia a legislação vigente em matéria de *direito de testar*, excluindo-se a possibilidade de ser livremente imposta a cláusula de inalienabilidade à legítima. É, todavia, permitida essa cláusula se houver *justa causa* devidamente expressa no testamento. Aliás, a exigência de justa causa, em tais casos, era da tradição do Direito pátrio, antes do sistema do Código vigente.

33. Relembrados esses pontos capitais, reporto-me à Exposição de Motivos do ilustre Professor TORQUATO CASTRO, limitando-me a salientar mais os seguintes aspectos não menos relevantes da reforma:

- a) Mais precisa determinação do valor da *aceitação* e da *renúncia* da herança.
- b) Legitimação para suceder, no tocante ao *nasciturus conceptus* e *nondum conceptus*, estabelecendo-se prazo razoável para a consolidação da herança.
- c) *Disciplina da herança*, enquanto indivisível, extremando-se as normas materiais das de natureza processual.
- d) Maior amparo aos *filhos ilegítimos*, aos quais tocarão dois terços da herança cabível a cada um dos legítimos.
- e) Novas normas no que se refere à *situação do filho adotivo* e do adotado, conforme se trate de adoção plena ou restrita, quer em relação aos seus ascendentes naturais, quer no tocante à pessoa do adotante.
- f) Reexame das disposições relativas ao *problema da colação* e redução das liberalidades feitas em vida pelo autor da herança, em virtude do princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários.
- g) Simplificação, em geral, dos *atos de testar*, sem perda, todavia, dos valores de certeza e segurança.
- h) Melhor sistematização dos preceitos concernentes ao *direito de crescer* entre herdeiros e legatários.
- i) A declaração de que o *testamento* é ato personalíssimo, suscetível de ser revogado a qualquer tempo, numa fórmula concisa que evita a tão discutida definição contida no Código Civil vigente.
- j) Revisão das disposições relativas ao *testamento cerrado*, para admitir possa ser feito por outra pessoa, a rogo do testador.
- l) Manter os preceitos do Código atual relativos aos requisitos essenciais do *testamento particular*, mas declarando que, para a sua confirmação, serão suficientes duas testemunhas contestes.
- m) Revisão do instituto do *fideicomisso*, inclusive prevendo-se o caso de sua conversão em *usufruto*.
- n) O novo tratamento dado à *arrecadação de herança jacente*, bem como à declaração de sua vacância, para atender ao disposto no novo Código de Processo Civil.

#### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

34. Breve referência desejo fazer a esta parte final do Projeto na qual, de maneira concisa, evitando-se enumeração casuística, se estabelecem as normas que devem presidir a passagem da antiga para a nova lei.

Nesse sentido, foi considerado de bom alvitre ressaltar a vigência das leis especiais relativas à locação de prédios urbanos, bem como a das disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis, cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados ao novo Código.

Por outro lado, declarou-se proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, regendo-se as ainda existentes pelas disposições do antigo Código, até que por outra forma se discipline a matéria.

35. São essas, Senhor Ministro, as considerações complementares com que submeto à alta apreciação de Vossa Excelência o texto revisto do Anteprojeto, esperando que o Governo da República haja por bem submetê-lo à alta apreciação do Congresso Nacional.

Ao fazer a entrega deste trabalho de equipe, ao qual foram incorporadas valiosas contribuições oriundas das mais variadas fontes do sentir e do saber da comunidade brasileira, conforta-me, bem como aos demais companheiros, a consciência de termos agido com serena objetividade, procurando harmonizar, de maneira concreta e dinâmica,

as idéias universais do Direito com as que distinguem e dignificam a cultura nacional; os princípios teóricos com as exigências de ordem prática; a salvaguarda dos valores do indivíduo e da pessoa com os imperativos da solidariedade social; os progressos da ciência e da técnica com os bens que se preservam ao calor da tradição.

Quero, por fim, consignar os agradecimentos dos membros da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil ao ilustre Presidente ERNESTO GEISEL e a Vossa Excelência, por nos terem confirmado na incumbência anteriormente recebida, de elaborar a lei básica das relações privadas, numa demonstração de confiança que constitui a melhor paga de quase seis anos de tão grandes preocupações quanto de aturados estudos e pesquisas.

Muito cordialmente

São Paulo, 16 de janeiro de 1975

MIGUEL REALE – Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil