

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**  
**ÁREA DO CONHECIMENTO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**LETÍCIA SCOPEL**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA:  
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE  
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

**CAXIAS DO SUL**

**2021**

**LETÍCIA SCOPEL**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA:  
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE  
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

Monografia apresentada como  
requisito para a obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito da  
Universidade de Caxias do Sul  
Orientador: Prof. Dr. Alexandre  
Cortez Fernandes.

**CAXIAS DO SUL**

**2021**

**LETÍCIA SCOPEL**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A REPERCUSSÃO SUCESSÓRIA:  
QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE  
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

Monografia apresentada como  
requisito para a obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito da  
Universidade de Caxias do Sul  
Orientador: Prof. Dr. Alexandre  
Cortez Fernandes.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Alexandre Cortez Fernandes (Orientador)  
Universidade de Caxias do Sul – UCS

---

Prof. Cláudia Maria Hansel  
Universidade de Caxias do Sul – UCS

---

Prof. José Carlos Monteiro  
Universidade de Caxias do Sul – UCS

## **DEDICATÓRIA**

Dedico em especial a minha família e aos meus amigos que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui, alcançando todos os meus objetivos e metas.

## **AGRADECIMENTO**

Quero expressar meus agradecimentos a todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, colaboraram para que este trabalho fosse realizado. Em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Alexandre Fernandes Cortez, pela sua competência e dedicação durante todo o desenvolvimento desta monografia. Agradeço de forma toda especial, a Deus e ao anjo da guarda que sempre estiveram ao meu lado me incentivando e apoiando. Agradeço também a minha família e amigos que não mediram esforços na ajuda constante para o desenvolvimento desta monografia.

**PENSAMENTO**

“Ainda bem que sempre existe outro dia. E outros sonhos. E outros riscos. E outras pessoas. E outras coisas...”.  
Clarice Lispector

## RESUMO

Com o surgimento de novas tecnologias na área da biomedicina, possibilitou o armazenamento do material genético em clínicas especializadas por longos períodos. Isso permitiu que, um filho possa ser concebido após a morte do seu genitor. Essa técnica de reprodução assistida é denominada de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Trata-se de um tema especialmente polêmico, pois gera conflitos em razão da falta de legislação existente e envolve direitos fundamentais em sua análise. Assim, esta monografia discute como problema: qual a eficácia da aplicação do direito das sucessões nas hipóteses de fertilização artificial? e tem como objetivo geral demonstrar a necessidade de regulamentação acerca da inseminação artificial, reconhecendo a legitimidade de sucessão do filho nascido. A metodologia utilizada, no presente estudo, foi a pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, doutrinas, legislação, jurisprudências, artigos científicos e sites relacionados ao tema. Dessa forma, as reflexões começam pela evolução da estrutura familiar e dos princípios condutores do direito de família. Em seguida, faz-se um estudo da filiação e da relação de parentesco, além de abordar a reprodução assistida e suas técnicas. Finalmente, examina-se as questões polêmicas sobre a reprodução artificial e suas implicações jurídicas, devido à falta de legislação pertinente, verificando se o direito comparado e analisando os entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto. O grande problema é que o ordenamento jurídico não acompanhou o processo evolutivo da biomedicina. Atualmente no Brasil, não há uma legislação constitucional ou infraconstitucional específica quanto à questão da reprodução assistida, o que temos é uma referências as técnicas de inseminação artificial, exclusivamente, quando estabelece a presunção de filiação prevista no art.1.597 do Código Civil, de forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso de procedimentos no âmbito do direito sucessório, nesse sentido, conclui-se que para solucionar os questionamentos sobre a reprodução medicamente assistida e suas decorrências no meio jurídico, com o propósito de assegurar a realização das potencialidades humanas e da manutenção da dignidade, é necessária, além de buscar como fundamento a base principiológica constitucional, a doutrina e a jurisprudência, uma legislação específica para trazer maior segurança jurídica nas decisões.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial. Princípios Constitucionais. Regulamentação legislativa. Sucessão.

## ABSTRACT

With the emergence of new technologies in the field of biomedicine, it made it possible to store genetic material in specialized clinics for long periods. This allowed a child to be conceived after the death of its parent. This assisted reproduction technique is called post mortem homologous artificial insemination. This is an especially controversial issue, as it generates conflicts due to the lack of existing legislation and involves fundamental rights in its analysis. Thus, this monograph discusses as a problem: what is the effectiveness of applying the law in successions in the hypothesis of artificial fertilization? and its general objective is to demonstrate the need for regulation about artificial insemination, recognizing the legitimacy of succession of the born child. The methodology used in this study was bibliographic research, with reference to books, doctrines, legislation, jurisprudence, scientific articles and websites related to the topic. Thus, the reflections begin with the evolution of the family structure and the guiding principles of family law. Then, there is a study of parentage and kinship, in addition to addressing assisted reproduction and its techniques. Finally, it examines the controversial issues about artificial reproduction and its legal implications, due to the lack of relevant legislation, verifying whether the law is compared and analyzing the jurisprudential understandings on the subject. The big problem is that the legal system has not followed the evolutionary process of biomedicine. Currently in Brazil, there is no specific constitutional or infra-constitutional legislation on the issue of assisted reproduction, what we have is a reference to artificial insemination techniques, exclusively, when establishing the presumption of affiliation provided for in art.1.597 of the Civil Code, in an unjustifiable manner, there is no forecast of the effects of the use of procedures under the inheritance law, in this sense, it is concluded that to resolve the questions about medically assisted reproduction and its consequences in the legal environment, with the purpose of ensuring the realization of human potential and the maintenance of dignity, it is necessary, in addition to seeking as a foundation the constitutional principle base, doctrine and jurisprudence, a specific legislation to bring greater legal certainty in decisions.

**Keywords:** Artificial insemination. Constitutional principles. Legislative regulation. Succession.



**LISTAS DE ABREVIATURAS**

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 e 4277
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil 2002
CF	Constituição Federal 1998
CFM	Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 2.294/2021
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>AS FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO DA ESTRUTURA FAMILIAR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>14</b>
2.1	FILIAÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL .....	14
2.2	FILIAÇÃO E O DIREITO CIVIL .....	19
<b>3</b>	<b>ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....</b>	<b>26</b>
3.1	BREVE PANORAMA DAS TÉCNICAS ACERCA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	26
3.2	QUESTÕES POLÊMICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA .....	31
<b>4</b>	<b>ISEMINAÇÃO ARTIFICIAL: QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA COM REFERÊNCIA AO DIREITO SUCESSÓRIO .....</b>	<b>37</b>
4.1	ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS REFLEXOS SUCESSÓRIOS NA INSIMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	38
4.2	UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA TEMÁTICA SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO E A INSIMINAÇÃO ARTIFICIAL: ESTUDO SOBRE AS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRAS.....	42
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>46</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As mudanças sociais e a evolução do mundo globalizado introduziram novos valores na sociedade contemporânea, gerando a reformulação do conceito de família. Atualmente, prepondera a estrutura familiar baseada no afeto, com a finalidade de desenvolvimento de seus membros. Nessa perspectiva, as relações de parentesco geram grande interesse em virtude da ocorrência de novos fenômenos e descobertas científicas.

O presente trabalho de conclusão do curso faz uma abordagem da relação entre o avanço da tecnologia e o Direito, especificamente, no que concerne às técnicas de reprodução assistida, com o objetivo geral de demonstrar a necessidade de regulamentação acerca da inseminação artificial, reconhecendo a legitimidade de sucessão do filho nascido. O estudo discute como problema: qual a eficácia de aplicação do direito das sucessões nas hipóteses de fertilização artificial? Como hipótese para tal questionamento, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não abrange todas as implicações decorrentes da reprodução medicamente assistida e não traz soluções jurídicas para os mais diversos conflitos, proporcionando uma instabilidade jurídica. À vista disso, acredita-se que a melhor resposta para possíveis soluções seria buscar como fundamento a base constitucional principiológica do direito de família. Além disso, em razão da não existência de lei específica no ordenamento jurídico, surge a necessidade de normas jurídicas pertinentes para a regulamentação do uso das técnicas de reprodução assistida para proporcionar maior segurança jurídica na solução dos conflitos e de suas consequências legais. Diante da ausência legislativa que regulamente o uso das técnicas de reprodução assistida, surgiram alguns questionamentos referente ao direito hereditário dos filhos oriundos da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A metodologia utilizada, no presente estudo, foi a pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, doutrinas, legislação, jurisprudências, artigos científicos e sites, relacionados, inicialmente, ao estudo da família e aos princípios fundamentais para o Direito de Família, passando pelo direito de filiação, para

chegar ao ponto específico da reprodução medicamente assistida e suas questões polêmicas em razão da carência de legislação específica.

Dessa maneira, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo, serão abordadas a evolução da composição familiar e as famílias possíveis e alguns princípios que orientam o direito de família. Inicialmente, será apontada a evolução da estrutura familiar, caracterizando a família na atualidade. Ainda, seguem as considerações sobre as famílias na sociedade brasileira contemporânea e os princípios pertinentes ao direito das famílias, devido sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, além da descrição dos conceitos de filiação e suas espécies e a identificação de parentesco.

No segundo capítulo, será conceituada a reprodução medicamente assistida. Assim, para compreender melhor este método, num primeiro momento, faz-se necessário identificar as principais técnicas adotadas, além dos procedimentos técnicos de reprodução assistida homóloga e heteróloga. Além disso, será examinada a reprodução medicamente assistida na legislação nacional e no direito comparado, a bioética e o biodireito em reprodução assistida.

Adiante, no terceiro capítulo, um estudo específico sobre as questões polêmicas advindas da inseminação artificial e seus reflexos nas relações familiares devido à falta de legislação específica. Ademais, faz-se uma explicação sobre o delineamento da ordem de vocação hereditária de acordo com o CC, um apanhado sobre as visões doutrinárias acerca do direito à sucessão do filho nascido de concepção artificial homóloga *post mortem*, elaborando reflexões sobre a coexistência dos princípios que estão relacionados ao tema.

A fim de dirimir conflitos, merece respaldo o tema a ser desenvolvido, verificando-se a necessidade do direito de acompanhar a evolução e suprir as omissões existentes. Logo, torna-se importante averiguar as questões polêmicas e buscar uma melhor adequação jurídica, aliando as normas existentes aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, para tentar solucionar os questionamentos sobre a reprodução artificial e suas consequências no meio jurídico, a fim de assegurar a realização das potencialidades humanas e da manutenção da dignidade, com uma

interpretação conjunta aos princípios elencados em várias áreas do direito, passando da interpretação formalista das regras, para interpretações principiológicas dos textos constitucionais.

Por fim, a discussão ecoará em torno da necessidade de regulamentação sobre o tema, uma vez que a inseminação artificial constitui uma realidade do contexto social que não pode ficar alheia ao direito, assim como se busca ilustrar que um ordenamento jurídico deve prezar por sua coerência lógica, motivo pelo qual não existe justificativa para que se reconheça vínculo de filiação em casos de fertilização artificial homóloga *post mortem*, mas não se reconheça o direito de habilitar-se na respectiva sucessão.

## **2 AS FAMÍLIAS: EVOLUÇÃO DA ESTRUTURA FAMILIAR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**

A família e a sociedade estão em constante movimento e, como resultado, ocorrem inúmeras mudanças, dentre elas novas formas de composição familiar. Constata-se, nessa perspectiva, que os avanços tecnológicos na área de reprodução humana também geraram transformações e produziram reflexos nas estruturas familiares, especialmente quanto às formas de filiação. Assim, considerando que o planejamento familiar é um direito fundamental assegurado pela CF e a reprodução medicamente assistida é tema a ele inerente, torna-se igualmente relevante sua análise.

Ressalta-se que as mudanças sociais provocaram e ainda provocam alterações no direito de família, porém não se pode deixar de destacar a função social que ela tem, regulada na igualdade e visando o desenvolvimento de seus membros.

Por esse ângulo, observa-se que a ideia da transnacionalização provocou uma revolução na ciência e, novos temas, como a reprodução assistida, estão a desafiar os operadores jurídicos na busca de respostas mais rápidas e eficazes aos casos concretos. Diante do exposto, nesse capítulo o objetivo será descrever a evolução histórica da estrutura familiar, sua conceituação atual, os princípios inerentes ao direito das famílias e os novos arranjos familiares.

### **2.1 FILIAÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL**

A família, base da sociedade, passou por um processo evolutivo de acordo com as necessidades da sociedade em cada época, o que propiciou a sua configuração atual, levando a uma definição mais ampla. As transformações não foram apenas quanto aos valores, mas também quanto a sua composição ao final do século XX. De igual modo, os fundamentos que sustentam a família foram alterados: a família tradicional aparecia através do direito patrimonial, porém a família atual é fundada na solidariedade, na

cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. Sob o ponto de vista do direito, a família é assentada sob cunhos, os vínculos (de sangue, de direito e de afetividade) e os grupos (conjugal, parental e secundários) (LÔBO, 2014).

Com os valores introduzidos pela CF, a família patriarcal, como era conhecida, entrou em crise, devido inúmeras mudanças e avanço da tecnologia, as famílias e a sociedade tiveram que se “adaptar”, ocasionando reflexos nas estruturas familiares, dentre elas as novas formas de composição familiar.

Nesse contexto de recomposição familiar, Dias (2013) expressa que houve uma repersonalização das relações familiares, especialmente na busca pelo afeto, respeito e solidariedade. Por consequência a família é o resultado das transformações sociais. A repersonalização das relações jurídicas da família aparece para revalorizar a dignidade humana com o propósito da realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar e pela construção na solidariedade, no humanismo, saber conviver entre si e com o outro (LÔBO, 2011).

A CF em seu art. 226, menciona que “a família, base sociedade, tem especial proteção do Estado.” Segundo Madaleno (2021), a CF buscou, com isso, acolher no plano jurídico a realidade social fática, garantindo o amparo do Estado às famílias existentes.

Ainda no tocante dos conceitos mencionados na CF, pode-se expor o art. 227, que aborda que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ECA, em seu art. 27 estabelece que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo da, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

Considerando os princípios, conjunto de normas ou padrões a serem seguidos, serão elencados os principais a esse caso apresentado: o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, o princípio da convivência familiar, o princípio da igualdade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proibição do retrocesso social.

A dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, dentro da CF, a dignidade da pessoa humana se apresenta com um dos fundamentos primários da constituição do Estado Democrático de Direito do país.

Para Madaleno (2013), o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e trata da defesa inflexível de cada um dos cidadãos, devendo predominar a personalização do ser humano e de sua família.

Neste mesmo contexto, Pereira (2012) compreende que os direitos humanos possuem alicerce na dignidade da pessoa humana e que nenhum Estado pode mudar as necessidades da natureza do homem social, como por exemplo a saúde e a educação. Acrescenta que o Direito de Família está vinculado aos direitos humanos e à dignidade humana a partir do momento em que todos os tipos de constituição de família estiverem inclusos no vínculo social.

Ainda observando o que diz Pereira (2012), o princípio da dignidade da pessoa permeia todo o ordenamento jurídico, principalmente se revelando no direito de família, por se tratar de um paradigma atual, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, ou seja, uma igual dignidade para todas as entidades familiares.

A solidariedade está prevista em nossa CF, como objetivo fundamental, conforme trata o art. 3º, inciso I. Entende-se por solidariedade um compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas com as outras e cada uma dessas com todas as demais, abrangendo a fraternidade e a reciprocidade.

O princípio da solidariedade, segundo Dias (2010), origina-se dos vínculos afetivos e gera deveres respectivos aos integrantes da família, a pessoa só existe quando coexiste. A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se garantir e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e



cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário (MADALENO, 2021).

A CF, em seu art. 229, estabelece que o dever de assistir, criar e educar os filhos é dos pais. O CC, em seu art. 1.696 que trata sobre os alimentos, expõe que o direito à prestação dos alimentos é recíproco entre pais e filhos.

O Estatuto das Famílias, Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, que visa regular e proteger os novos arranjos familiares, além de centralizar e adequar a normas que regem as famílias, também traz, no art. 14, a solidariedade, pautada no dever de assistência entre os componentes da família, ressaltando que “as pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família”.

Pelo princípio da solidariedade, o Estado “livra-se” da incumbência de prover toda gama de direitos que são assegurados constitucionalmente, “concedendo” primeiramente aos pais o dever de garantir absoluta prioridade aos direitos inerentes aos cidadãos em formação, depois esse dever passa a ser responsabilidade a sociedade e por fim do próprio Estado (CF, art. 227).

O princípio da convivência familiar, é a relação das pessoas que compõem o grupo familiar, independentes de parentesco ou não, em um ambiente comum, onde as pessoas se sentem mutual e solidariamente acolhidas e protegidas.

A convivência familiar e comunitária é um direito fundamental de crianças e adolescentes garantido pela CF (art. 227) e pelo ECA. Em seu art. 19, o ECA estabelece que toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado por sua família e, na falta desta, por família substituta.

O direito à convivência familiar e comunitária é tão importante quanto o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade.

Em concordância com Pereira (2012), o princípio da igualdade está intrinsecamente atrelado à cidadania, pressupondo o respeito às diferenças. A igualdade perante a lei, revela que todos devem estar incorporados no vínculo

social. Nesse sentido, Dias (2013) acrescenta que é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora e, que se atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela.

Ainda, assinala Dias (2013), que o sistema jurídico possui como ideia central a igualdade ligada à ideia de justiça, assim o juiz não deve aplicar a lei produzindo desigualdades. O art. 5º CF, dispõe sobre o princípio da igualdade que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Nas relações familiares, o princípio da igualdade e o respeito às diferenças merece destaque nas relações entre homens e mulheres, conforme mencionado nos artigos 5º, inciso I; art. 226, § 5º da CF, além do art. 1.511 do CC.

Em relação à igualdade na filiação, esse princípio encontra amparo no § 6º do art. 227 da CF que dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ainda, estende-se o princípio da igualdade ao planejamento familiar que deve ser de livre decisão do casal, proibida qualquer forma coercitiva de imposição por parte do Estado ou por particulares, conforme os art. 226, §7º da CF e o art. 1.565, § 2º do CC.

Os interesses da criança e do adolescente são direitos que devem ser tratados com primazia pela família, pela sociedade e pelo estado, por se tratar de ser humano em desenvolvimento e dotado de dignidade humana. Ainda, Pereira (2012) esclarece que a criança e o adolescente estão em situação de vulnerabilidade, portanto ocupam posição em destaque na entidade familiar e merecem proteção integral.

O ECA, em seu art. 1º acolhe a proteção integral e no seu art. 3º, reconhece o gozo dos direitos fundamentais constitucionais.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente orienta os processos judiciais que integram os interesses dos menores, de acordo com Lobô (2014), esse princípio é o reflexo da doutrina dos direitos da criança com relação aos direitos humanos em geral.

Logo, esse princípio deve ser observado em todos os conflitos ao quais, as crianças e adolescentes estejam envolvidos, garantido os direitos fundamentais deles.

O princípio da proibição do retrocesso social, tem como objetivo, proteger os direitos fundamentais sociais, dentre eles estão: a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre todos os filhos.

Por consequência de o direito ter tantos princípios, cabe ao operador, usar o mais adequado e com o uso das normas organizar juridicamente as relações familiares, optando sempre, por aqueles que melhor protejam os direitos fundamentais dos envolvidos.

## 2.2 FILIAÇÃO E O DIREITO CIVIL

As famílias atuais apresentam-se das mais variadas formas, resultante dos diversos tipos de relacionamentos existentes na sociedade brasileira. Assim, para que não haja discriminação e a fim de que ocorra justiça, todas as formas plurais existentes merecem a proteção do Estado.

Em conformidade com Dias (2011), o que identifica a família, nos dias atuais, não é mais a celebração do casamento e nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter e sim a presença de um vínculo afetivo que liga as pessoas envolvidas. No âmbito do Direito de Família, as relações jurídicas se classificam em: conjugais ou de união estável; de parentesco, provenientes dos elos em linha vertical ou horizontal e de afinidade (MADALENO, 2021).

O casamento há muito tempo representou a única possibilidade de constituição de família e não visava a proteção do desenvolvimento e a proteção do indivíduo antes da CF. A família formada pelo casamento, na visão de Lôbo (2011), através de um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. Atualmente, devido a sua tradição constitui uma das formas de constituição de família ainda

relevante, e se trata do modelo predominante na sociedade brasileira (LÔBO, 2014).

A união estável, é uma entidade familiar formada pela convivência contínua, pública e duradoura com escopo de constituir família, consoante ao art. 1.723 do CC. Importante ressaltar, que a união estável nasce com o afeto entre os companheiros, constituindo sua família, sem prazo certo para existir ou para terminar (AZEVEDO, 2013). A possibilidade de converter a união estável em casamento está assegurada no art. 226, §3º da CF (DIAS, 2011).

Conforme Lôbo (2011) a família monoparental é aquela composta pelos descendentes e um dos genitores, como é o caso do divórcio ou da adoção por uma pessoa solteira. Segundo Dias (2011) a monoparentalidade tem origem: na viuvez (quando da morte de um dos genitores), na separação (de fato ou de corpos) ou no divórcio, na adoção por pessoa solteira (entre adotante de adotado) e na inseminação artificial (por mulher solteira ou a fecundação homóloga após a morte do marido).

Quando inexistente hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, constitui-se um vínculo familiar de outra natureza: família anaparental ou parental (DIAS, 2011). No entendimento de Almeida e Rodrigues Júnior (2012) é aquela organizada sem a participação dos pais, formada por pessoas unidas pelo vínculo afetivo de afinidade que coabitam. Dias (2013) cita como exemplo de família anaparental a convivência de duas irmãs na mesma casa ao longo de vários anos formando um patrimônio conjunto. Assim, na possibilidade do falecimento de uma delas a outra ficaria com a integralidade do patrimônio sem precisar dividir com os outros irmãos.

A união homoafetiva, de acordo com Lôbo (2014), é o arranjo familiar compreendido por pessoas do mesmo sexo que conservam um vínculo afetivo de forma duradoura, com finalidade de constituição de família. Almeida e Rodrigues Júnior (2012) ressaltam que essa família não está elencada na CF mas que o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277), por unanimidade, reconheceu essa entidade familiar e, dentre os principais argumentos invocados a sustentar tal posição, encontram-se o direito fundamental à constituição familiar, a proibição à discriminação das pessoas em função do sexo e o direito à busca da felicidade.

Família recomposta, é aquela emanada da união estável ou do casamento, em que os seus componentes possuem filhos provenientes de outras relações resultando numa diversidade de vínculos, (DIAS, 2013). Lôbo (2011) salienta que essa convivência acarreta dúvidas quanto aos direitos e deveres resultantes, visto que se torna necessário que à madrasta ou ao padrasto contraiam atribuições características de uma mãe ou pai biológico.

Devido à pluralização da família, percebe-se a existência de várias entidades familiares, sem com isso, esgotar todas as possibilidades existentes. Conseqüentemente, as alterações ocorridas na família têm refletido na relação de parentesco de maior relevância, a filiação. Desse modo, devido à evolução da família e da sociedade, novos tipos de família poderão surgir, por conseguinte, o direito baseado na dignidade humana e nos direitos humanos tem a missão de acolhê-las e protegê-las.

O CC procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, pois apenas a família legítima “existia” juridicamente, a filiação estava condicionada, totalmente, ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento legal a prole nascida dentro do casamento.

O CC, por sua vez, no art. 1.593, institui duas espécies de parentesco, o natural e o civil, o civil, abrange os casos em que não há consanguinidade.

Para Lôbo (2011), parentesco é a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei, enlaçando-as num coletivo de direitos e deveres. Conseqüentemente a relação de parentesco, comporta diversas classificações relevantes, que conforme Dias (2011) abrange o biológico (parental ou maternal), civil, por afinidade em linha reta ou colateral.

O parentesco natural ou consanguíneo é encontrado em linha reta ou colateral até o quarto grau. É um vínculo de sangue que une familiares, como é o caso de pai e filho (DINIZ, 2007). Os parentes consanguíneos são as pessoas que têm entre si um vínculo biológico. O parentesco em linha reta é definido em ascendente como a pessoa que dá origem a outra e os descendentes que emanam da filiação, sendo assim limitado, quanto a linha colateral, o parentesco se estende até o quarto grau e nunca se dissolve (DIAS, 2011).

Ainda, o CC no art. 1.591, esclarece que os parentes em linha reta são aqueles que possuem uma relação de ascendência e descendência entre si. Já o parentesco colateral, também chamado de transversal ou oblíquo, é aquele que possui ascendentes comuns, sendo limitado até o quarto grau para fins legais. Assim, como ressalta Lôbo (2014) são considerados parentes colaterais ou transversais: irmão, tio, sobrinho, sobrinho-neto, tio-avô e primo (filho do tio, também chamado primo em primeiro grau). Igualmente, Dias (2011) explica que o parentesco colateral procede de um genitor comum, porém as pessoas não descendem uma das outras e ainda, não há parentesco colateral em primeiro grau.

O parentesco por afinidade gera direitos e obrigações, além do convencionalmente obrigatoriamente pelo casamento ou pela união estável, mesmo sendo diferente do parentesco de sangue, informa Lôbo (2011). Ainda, Gonçalves (2014) esclarece que a afinidade é puramente pessoal e delimitada por lei, logo com o rompimento do casamento ou da união estável, continuam ligados pela afinidade os sogros, a nora e o genro, porém os concunhados não possuem relação de parentesco entre si. Não existe descendência, portanto, não há contagem de graus no parentesco por afinidade, as novas formas de entidades familiares trazidas pela evolução da sociedade fortaleceram os vínculos de parentesco por afinidade (MADALENO, 2011).

O art. 1.597, nos incisos III, IV e V do CC, pressupõe a relação de parentesco aos filhos advindos da reprodução assistida. Conseqüentemente, é perceptível que o parentesco não está limitado pelos laços consanguíneos e da adoção. De acordo com Dias (2011), com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida predispõe uma desbiologização da paternidade estabelecendo o reconhecimento de outros vínculos de parentesco.

A doutrina, por sua vez, tem reconhecido a existência de outros tipos de filiação: a socioafetiva, que comumente ocorre com a chamada adoção à brasileira, a biológica e a artificial.

Em relação a filiação socioafetiva, esta pode ser entendida pela manifestação do afeto e do cuidado, entre o que não é o genitor e a pessoa, tratada como se filho fosse (COELHO, 2014).

É o reconhecimento jurídico da paternidade ou maternidade, com base no afeto, sem que haja vínculo sanguíneo.

O vínculo de filiação socioafetiva, se concreta no interesse do filho, gerando todos os efeitos pessoais e patrimoniais que são inerentes, nos limites da lei civil.

Quanto à filiação biológica, segundo Scalquette (2010), o filho pode ser concebido tanto de forma natural como através do auxílio médico, utilizando-se de técnicas que auxiliam e/ou facilitam o encontro do espermatozoide com o óvulo.

A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética, ou seja, tem a origem consanguínea, de quem consta como pai e mãe de seu registro de nascimento. (COELHO, 2014).

Outra configuração de filiação, considerada não biológica, é a adoção que independentemente de qualquer relação de parentesco, consanguíneo ou afim, se torna um vínculo de filiação, parentesco civil, em linha reta, estabelecido entre o adotante e o adotado, uma vez que observados os requisitos legais, tal posição de filho será definitiva (DINIZ, 2014).

A adoção, conforme o ECA, é medida excepcional e irrevogável, concede a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres. Na visão de Lôbo (2014), a adoção é um ato jurídico complexo e decorre de decisão judicial para surtir efeito, além de ser um direito indisponível.

De acordo com Coelho (2014), a filiação não biológica pode ser verificada também através da maternidade por substituição, onde quem não consegue ter filhos pelo meio natural, pode se submeter as variadas técnicas de reprodução assistida (doação de gameta ou temporária de útero), para todos os fins de direito, o contratante dos serviços médicos, será pai ou mãe da pessoa que vier a se originar desse meio de reprodução.

Considera-se importante frisar que o CC, inovou trazendo no art. 1.597, os incisos III, IV e V: as espécies de filiação por substituição. Nesse sentido, Scalquette (2014), complementa que esses incisos se referem à filiação decorrente da reprodução assistida, hipótese em que há a busca de auxílio médico para gerar um filho.

Diniz (2014), exprime que o direito, quando trata de filiação, utiliza-se de presunções. Assim, a autora constata que, devido à inviabilidade de prova direta da paternidade, o CC se estrutura em presunções de caráter relativo quanto ao pai, que pode contestá-la ou eliminá-la provando o contrário. Lôbo (2014) acrescenta que pela dificuldade da atribuição da paternidade, essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes. Assim, Dias (2013), explica que os filhos havidos na constância do casamento não necessitam de reconhecimento devido sua presunção legal.

À vista disso, Madaleno (2021), revela que as novas estruturas das famílias passam a dar mais importância aos laços afetivos, não sendo suficiente somente a descendência genética. Apenas a mera concepção não é condição necessária para estabelecer uma relação de amor e afeto entre pais e filhos.

A evolução da ciência possibilitou aos casais com problemas de fertilidade ou esterilidade a realização do desejo da formação de uma família. Madaleno (2021), destaca que a reprodução artificial permite superar a esterilidade e a realizar o desejo da paternidade e da maternidade. Verifica-se, então, a possibilidade de gerar vidas e de estabelecer um vínculo de filiação e, sobretudo, de afeto através dos métodos de reprodução assistida, consistindo basicamente na realização do projeto parental pelo uso das técnicas de inseminação artificial.

Dias (2013), esclarece que reprodução assistida, pode também ser lida como: fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial. Essas técnicas permitem a geração da vida, independentemente de ato sexual, por método artificial, científico ou técnico.

De acordo com o explanado, a reprodução artificial humana pode ocorrer de duas formas: fecundação homóloga e heteróloga.

A inseminação artificial homóloga ocorre quando o material genético do filho é coincidente como material genético dos pais, ou seja, óvulo da mãe e do espermatozoide do pai. (SCALQUETTE, 2010). Assim, chama-se de concepção homóloga quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é



implantado na mulher, que leva a gestação a termo. (DIAS, 2013). Os mesmos autores citados anteriormente, elucidam que poucos embriões são implantados e o restante são congelados para uma possível utilização futura, até mesmo após o óbito do marido.

Ante ao exposto, percebe-se que tanto a inseminação artificial quanto a fertilização *in vitro* podem ser de forma homóloga. A técnica de reprodução artificial homóloga, que manipula o sêmen do marido e o óvulo da esposa, admitida no direito brasileiro, necessitando da permissão do marido durante a vida, conforme (MADALENO, 2013). Não obstante, o art. 1.597, inciso III do CC de 2002 permite a inseminação artificial mesmo quando o marido tenha falecido.

Nesse sentido, o CC reconhece no art. 1.597, incisos III e IV, a presunção de concepção na constância do casamento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga mesmo após o falecimento do marido e a qualquer tempo, tratando-se de embriões excedentários quando a concepção for de maneira artificial homóloga.

Entretanto, a doutrina prevê que a viúva somente conseguirá fazer uso do método da inseminação artificial na forma homóloga se o marido deixou consentimento expresso através de um documento autenticado ou na forma de testamento (MADALENO, 2013). Reforçando a ideia da necessidade do consentimento, Lôbo (2011) explica que o princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim.

### **3 ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

A origem da reprodução assistida está diretamente ligada ao laço psicológico que une o homem e a mulher ao desejo de ter filhos. Os filhos representam a continuidade da família, configurando a parentalidade um desejo da maioria das pessoas.

À medida que o tempo passa e as pessoas vão atingindo a idade adulta, surge a necessidade de, por diversos fatores, culturais, religiosos, sociológicos, psicológicos, filosóficos, morais, materializar a continuidade de sua existência na terra, através do vínculo da filiação.

O planejamento familiar, no que diz respeito à prole é muito comum na vida do casal. Ter um filho é dar sequência da sua existência buscando um novo sentido. É uma situação extraordinariamente nova, impossível de ser definida, onde o homem passa a ser pai e a mulher passa a ser mãe (LEITE, 1995).

No momento em que se verifica a incapacidade ou impossibilidade de procriação, algumas aspirações podem ser desfeitas, acarretando inúmeros problemas, pois essa idealização (da maternidade e/ou paternidade) está diretamente relacionada à realização pessoal. Portanto as técnicas de reprodução assistida surgem numa tentativa de colaboração aos casais com problema de fertilidade ou esterilidade.

#### **3.1 BREVE PANORAMA DAS TÉCNICAS ACERCA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

A evolução da ciência possibilitou aos casais com problemas de fertilidade ou esterilidade a realização do desejo de formação de uma família. Verifica-se, então, a possibilidade de gerar vidas e de estabelecer um vínculo de filiação e, sobretudo, de através dos métodos de reprodução assistida.

Cabe, neste contexto, demonstrar que existe uma diferenciação entre infertilidade e esterilidade.

A infertilidade é a incapacidade/dificuldade de um casal obter gravidez/concepção, no período de um ano, um ano e meio, tendo relações sexuais sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado (ABDELMASSI, 2007). O mesmo autor, atesta a existência da “infertilidade primária”, que é aquela que em nenhuma vez ocorreu a gravidez, e a “infertilidade secundária”, quando já ocorreu a gravidez, porém ocorreu o aborto.

A esterilidade, por sua vez, é a impossibilidade/incapacidade em produzir gametas (óvulos e espermatozoide), podendo estar relacionada tanto ao homem ou a mulher (ABDELMASSI, 2007). Assim, a esterilidade conjugal ocorre quando o casal, mesmo sem o uso de anticoncepcionais, depois de dois anos de constantes atos sexuais não consegue uma gravidez a termo (SCALQUETTE, 2010).

A filiação originária da reprodução assistida não tem como base a relação sexual/carnal, e sim, uma mescla de técnicas que têm como finalidade, provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo (FUJITA, 2011).

Vale destacar, que a inseminação e a fecundação são estágios diferentes e, “em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência através de um artifício instrumental para, posteriormente gerar a fecundação” (MADALENO, 2013, p. 522). A reprodução assistida é o gênero e dela deriva duas espécies: a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Segundo Scalquette (2010), as técnicas de reprodução humana assistida podem ser realizadas por diversos métodos, sendo possível elencar os mais comuns:

A inseminação artificial é a técnica de reprodução medicamente assistida mais simples, que consiste na estimulação da ovulação, a coleta do sêmen e a introdução através de um cateter dos espermatozoides preparados no canal genital da mulher (SCALQUETTE, 2010). Complementa Madaleno (2011) que é um procedimento laboratorial com recursos limitados, a inseminação ou a introdução do sêmen no útero feminino não garante a fecundação, porque o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir. Ademais, a inseminação artificial é admissível na forma homóloga e heteróloga,

portanto “devemos atentar para a precisão terminológica, lembrando sempre que inseminação é a colocação do sêmen na mulher, seja esse sêmen do próprio marido ou de um doador”. (SCALQUETTE, 2010 p. 66).

A fertilização *in vitro* é um método de reprodução medicamente assistida realizada em laboratório na proveta, o famoso bebê de proveta, que pode ser na forma homóloga ou heteróloga.

Nessa perspectiva, Madaleno (2011), propaga que a fertilização *in vitro* é uma técnica artificial, em que o espermatozoide fecunda o óvulo, resultando num embrião a ser introduzido no útero da mulher numa tentativa de desencadear a gravidez.

A fertilização de gametas para as trompas é uma variedade da fertilização *in vitro*, que permite a fecundação no corpo da mulher (*in vivo*) e não em laboratório (*in vitro*). O espermatozoide e os óvulos são coletados e introduzidos por um cateter e a fertilização ocorre naturalmente, explica Madaleno (2011). Essa técnica é mais aceita e diminui o risco de gravidez fora do útero, destaca o mesmo autor. Essa técnica, muitas vezes, é escolhida, em virtude de aspectos religiosos ou morais, que fazem com que o casal não opte por uma concepção realizada em laboratório.

A transferência de zigoto para as trompas é a técnica que permite a fecundação no laboratório, variedade da fertilização *in vitro*. Madaleno (2011) explana que após no máximo quarenta e oito horas de efetuada a fecundação no laboratório, é colocado o óvulo fecundado, que leva o nome de zigoto, nas trompas da mulher.

A mãe de substituição é aquela que empresta o útero recebendo o embrião do casal doador, também chamada de portadora. Outra hipótese de mãe de substituição, ocorre quando ela empresta o óvulo e o útero e será fecundada pelo sêmen do casal, em que a esposa é infértil, porém deverá renunciar a maternidade e entregar a criança ao casal que a contratou, explica Madaleno (2011). Acrescenta Abdelmassih (2007) que no Brasil essa técnica é conhecida como barriga de aluguel, ocorre quando, independentemente de haver infertilidade ou esterilidade, o útero não é capaz de sustentar uma gestação (LEITE, 1995).

Micromanipulação é a técnica de reprodução medicamente assistida em que ocorre a injeção do espermatozoide no interior do óvulo através de microagulhas, especialmente na hipótese de carência de espermatozoides, isto é, no caso de infertilidade masculina. Conforme esclarece Scalquette (2010), essa técnica, consiste num método similar ao da fertilização *in vitro*, por isso ocorre de forma extracorpórea, e conseqüentemente é feita em laboratório.

Desse modo, é visível que após essas grandes conquistas, as técnicas de reprodução assistida passaram a se desenvolver e a transformar a realidade dos casais com problemas de infertilidade. Assim, de acordo com o explanado, a reprodução artificial humana pode ocorrer de duas formas: fecundação artificial heteróloga e homóloga, as quais serão especificadas a seguir.

A inseminação heteróloga, se dá mediante a utilização de material genético de um terceiro, ou seja, quando é utilizado sêmen de outro homem, geralmente esse doador é anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher (LÔBO, 2014).

Não há exigência na lei, que aborde as condições que de que o marido seja estéril ou por qualquer outra razão não possa procriar, a única exigência é que a autorização seja previamente concedida pelo marido para a utilização do sêmen diferente do seu (LÔBO, 2014).

Diante da omissão do CC quanto ao consentimento escrito do marido para a inseminação artificial heteróloga, admitindo seja verbal, outra dúvida se impõe em determinar o termo final de sua retratação, e se ela também pode ser verbal e como tal provada em juízo (MADALENO, 2021).

De acordo com Dias (2011), após a implantação do óvulo, gestação em andamento, o consentimento não admite retratação, no entanto separado o casal, ou seja, desfeita a sociedade conjugal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.

É obrigatório o sigilo sobre a identidade, tantos dos doadores como dos receptores. A fecundação heteróloga, gera a presunção de *juris et de jure*, não havendo possibilidade de a filiação ser contestada (DIAS, 2011).

Conforme Lôbo (2014) a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente de paternidade socioafetiva.

Embora haja proibição de identificação dos proprietários do material genético, não há como negar que o filho, oriundo dessa técnica, possa propor ação investigatória de paternidade (DIAS, 2011).

Com a evolução da ciência houve transformações em relação à procriação ao possibilitar a reprodução humana assistida aos que possuíam o desejo de ter filhos e conviviam com a infertilidade ou esterilidade.

Diante do exposto, verifica-se que a filiação pode ser entendida como um vínculo afetivo entre pais e filhos. Esse enlace deve ser visto de forma ampla de acordo com as mudanças sociais e as atuais relações familiares, revelando novos valores da sociedade. Tais valores levaram à ampliação das formas de constituição da família e refletiram também na filiação. Dessa forma, não cabe mais a diferenciação de filhos legítimos e ilegítimos, sendo reconhecidas e ampliadas as relações afetivas, pois são reflexos das mudanças sociais.

Inseminação artificial homóloga, utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, ou seja, quando a concepção decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal (DIAS, 2011). Ou seja, a espécie de inseminação artificial homóloga é a utilização dos embriões excedentários, oriundos de técnicas de reprodução assistida, porém não inseridos no ventre da mãe (LÔBO, 2014).

O CC não define a partir de quando se considera embrião, porém Lôbo (2014), aponta que embrião é o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intrauterino, ou em proveta de depois no útero, nos casos de fertilização *in vitro*.

Lôbo (2014) destaca que a utilização do sêmen do marido é permitida somente se for de sua vontade e se estiver vivo, por se tratar de exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo. Muito embora, o CC em seu inciso III do art. 1.597 admita a possibilidade de a fecundação artificial ser procedida após o falecimento do marido, não sendo, neste caso, aplicada a presunção limite dos trezentos dias subsequentes à morte do cônjuge, referida no inciso II do mesmo dispositivo legal, porque o congelamento do sêmen permite que a fecundação artificial possa ocorrer muitos anos depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo falecimento do varão (MADALENO, 2021), persistindo

a presunção de paternidade, desde que se prove que foi utilizado seu gameta, por parte da instituição especializada que se incumbiu do armazenamento (LÔBO, 2014).

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*, somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento (DIAS, 2011).

No que diz respeito ao direito de suceder, é importante atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (arts, 1.784 e 1.787 do CC). A capacidade de suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, em conformidade com o art. 1.798 do CC o filho concebido tem direito a sucessão, não podendo afastar esse direito em se tratando de inseminação artificial (DIAS, 2011).

Na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer após a sua morte, ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório. De qualquer modo, há possibilidade de o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga ou heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante testamento em conformidade com o art. 1.799, inciso I do CC, basta que nasça até dois anos após a abertura da sucessão de acordo com o art. 1.800 também do CC.

Com o avanço da medicina, essas mudanças trouxeram impactos nas relações familiares, gerando conflitos jurídicos em razão da carência de legislação inerente. Assim, torna-se importante a análise desses conflitos, demonstrando como o ordenamento jurídico busca solucioná-los.

### 3.2 QUESTÕES POLÊMICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A reprodução assistida evoluiu muito mais rápido do que o direito, assim surgiram novas situações, desconhecidas, trazendo a necessidade de intervenção do ordenamento jurídico para solucionar os conflitos resultantes

desta relação no cenário familiar, apontando os princípios como ponto norteador para a tomada de decisão.

Atualmente no Brasil, não há regulamentação específica que disponha sobre a reprodução assistida, gerando diversas consequências jurídicas, especialmente no que tange o direito de família.

As técnicas de reprodução assistida estão asseguradas pela CF em seu art. 5º, inciso IX, consideradas como direito fundamental e uma atividade científica livre. No entanto esse direito encontra limitações e deve ser equilibrado quando em confronto com os outros direitos fundamentais.

Segundo Diniz (2009), um dos direitos fundamentais que está constantemente em pauta é o direito à vida, e para solucionar as questões jurídicas que o envolvam, é preciso utilizar o fundamento constitucional da dignidade humana, pois não se admite que a atividade científica ofereça perigo à pessoa e a sua dignidade. O direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório (GOZZO, 2012).

O CC, por sua vez, reconhece no art. 1597, nos incisos III, IV e V, os filhos advindos das técnicas de reprodução medicamente assistida, entretanto não esclarece quais efeitos resultam dessa filiação. Assim, o CC atual trata de forma insatisfatória sobre a reprodução assistida, não conseguindo solucionar os inúmeros conflitos dela resultante, defende deixando várias lacunas no ordenamento jurídico.

Na mesma linha de raciocínio, Madaleno (2021) elucida que o CC não aponta soluções para as questões mais complexas e trata de forma superficial acerca da reprodução assistida. Acrescenta o referido autor, que devido às inúmeras e contínuas mudanças, além das numerosas descobertas genéticas, quando se trata do assunto reprodução assistida, é necessária regulamentação por meio de uma lei especial, porque os códigos são estáveis e sua peculiaridade é exatamente para dar maior segurança às leis.

A jurisprudência vem reconhecendo novos paradigmas parentais, tratando de modo igualitário as relações de filiação, independente da origem consanguínea ou socioafetiva. A adoção, a posse de estado de filho e a inseminação artificial heteróloga são exemplos de que a família é uma realidade socioafetiva. Visando evitar contradições presentes em alguns julgados, o Estatuto distingue com clareza:



dever de registro do nascimento, reconhecimento voluntário do filho, investigação judicial de parentalidade e a impugnação da paternidade, da maternidade ou da filiação, com prevalência para posse de estado de filhos, com a respectiva convivência familiar. Deixa de existir a presunção da paternidade e da maternidade, que se fundava na necessidade de se apurar a legitimidade do filho. O foco passa a ser a convivência com os pais, sejam eles casados ou não. (Estatuto das Famílias, Projeto de Lei do Senado nº 470/2013)

Na atual situação brasileira, existem projetos de leis que não foram aprovados que dispõem sobre a reprodução medicamente assistida, dentre eles destacam-se o projeto de lei nº 1.135/2003, nº 1.184/2003 e o de nº 115/2015. Os dois primeiros projetos de lei buscam regulamentar o emprego das técnicas de reprodução humana assistida. Já o projeto de lei de nº 115/2015, estabelece a criação de um Estatuto da Reprodução Assistida, com escopo de regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis, administrativas e penais. No capítulo II, do último projeto de lei mencionado, são discutidos os direitos e deveres, garantindo a transparência e o conhecimento na relação do médico com o paciente.

Existe, também, a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05, que estipula normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, visando a proteção à vida e à saúde humana. Contudo, ela não dispõe sobre a reprodução medicamente assistida, apenas aborda a manipulação de células-tronco dos embriões excedentes oriundos da fertilização *in vitro* para a finalidade de pesquisa.

Em virtude da falta de legislação específica a fim de chefiar a reprodução medicamente assistida no Brasil, CFM criou a Resolução 2.294/2021, adotando as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida, auxiliando no processo de procriação. Essas técnicas não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar características biológicas, inclusive o sexo do bebê, exceto para evitar doenças genéticas.

Essa mesma resolução, determina que as clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida, são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação,

pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes submetidos às tais técnicas. É indispensável, esclarecer que o CFM proíbe a comercialização de material genético (não poderá ter caráter lucrativo ou comercial) e impõe o sigilo sobre a identidade dos doadores (os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa).

Os conflitos advindos da reprodução artificial oriundos das novas técnicas de reprodução humana (inseminações artificiais, fertilizações *in vitro*, transferência intratubária de gametas, entre outras), tem gerado o maior número de questionamentos e de posições contraditórias na literatura especializada sobre o assunto, devido a precariedade de legislação específica, faz com que se busque respostas nas leis esparsas, nos princípios e no direito estrangeiro.

De acordo com Ferraz (2016) os Estados Unidos e a Europa foram os primeiros locais onde se desenvolveu a reprodução medicamente assistida, disciplinada inicialmente através de comitês de normas éticas até a criação de normas específicas para tratar sobre o assunto. Os Estados Unidos possuem uma peculiaridade em relação ao tema, pois é o único país que aceita a comercialização de óvulos e de sêmen, inclusive divulgam na internet, possibilitando a escolha do material como se a filiação fosse uma coisa a ser adquirida.

Em Portugal é proibida a discriminação quanto ao fato de a filiação resultar da inseminação artificial ou quanto ao patrimônio genético, preservando sempre a dignidade da pessoa humana, Ferraz (2016) esclarece ainda, que a lei criada em Portugal dispõe sobre as técnicas de reprodução assistida aplicadas como forma alternativa de reprodução, nos casos de infertilidade ou na ocorrência de doenças genéticas. Além disso, a lei portuguesa prevê sanções penais no caso de seu descumprimento e que as questões legais, éticas e sociais são discutidas pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e também permite a criopreservação do sêmen do doador, porém veda a inseminação *post mortem*, ainda que o companheiro ou marido tenha autorizado.

A legislação italiana proíbe a doação de esperma, de óvulos, o emprego de barriga de aluguel e pesquisas com embriões. Além disso, só permite que casais legalmente casados ou que comprovem a estabilidade da relação tenham acesso às técnicas de reprodução assistida, mas não tem a possibilidade de utilizar doação de esperma nem de óvulo, sendo desta forma vedada a inseminação heteróloga e a cessão de útero (FERRAZ, 2016).

A legislação da França quanto a reprodução assistida prevê o consentimento expresso do casal com a cooperação de uma equipe médica multidisciplinar, além da proteção penal que admite até prisão perpétua no caso de grupo organizado na prática de clonagem humana ou na prática de eugenia. A inseminação artificial heteróloga na França somente é permitida em caráter excepcional, bem como a necessidade do consentimento do casal diante do juiz ou do tabelião, afastando a hipótese de todo material genético ser fornecido por um terceiro doador. Quanto à maternidade de substituição na França, há proibição desta prática, acrescenta a autora supramencionada (SCALQUETTE, 2010).

Da breve análise das legislações estrangeiras, nota-se que algumas já delimitam maneiras específicas as questões inerentes a reprodução assistida, dando segurança e essas relações oriundas das técnicas de reprodução assistida, retirando influências éticas e sociais na elaboração das leis.

Com o objetivo de preservação da dignidade humana e da bioética, com os constantes avanços da medicina e da biotecnologia, surge o biodireito. Nesse contexto de reprodução assistida, por biodireito humano entende-se a emergência de um subsistema normativo que visa a regulamentar situações de ordem bioética referentes ao ser humano, especialmente no que tange à manipulação de seu corpo, de partes deste ou de sua vida. O foco do biodireito humano é a manipulação biológica da pessoa, em sentido amplo (GOZZO, 2012).

Cabe ainda destacar a visão de Ferraz (2016) sobre o princípio bioético da autonomia, que trata do consentimento livre e informado consoante aos valores morais de cada indivíduo relativo à escolha dos procedimentos médicos a serem adotados. Isso somente é possível na hipótese de os médicos notificarem o paciente sobre seu estado clínico e os tipos de tratamento que

podem ser usados em cada caso específico. A garantia constitucional da dignidade humana é a base da bioética, visando sempre o respeito, a qualidade de vida, enfim o bem da pessoa humana.

A ponderação dos valores e dos princípios não é satisfatória, devido a complexibilidade do assunto, é necessário que se crie uma lei sensata para a solução dos problemas impondo limites na utilização das práticas de reprodução assistida.

#### **4 ISEMINAÇÃO ARTIFICIAL: QUESTÕES POLÊMICAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA COM REFERÊNCIA AO DIREITO SUCESSÓRIO**

A reprodução assistida com o avanço científico evoluiu, todavia de forma mais rápida que o direito. Surgiram, dessa forma, situações novas e desconhecidas, trazendo a necessidade da intervenção do ordenamento jurídico para solucionar os conflitos resultantes desta relação no cenário familiar. Em face do vazio legislativo existente, não há uma expressa vedação legal na prática de inseminação artificial *post mortem*, tampouco existe uma legislação permissiva.

O CC trata da presunção de paternidade no artigo 1.597, faz menções a algumas técnicas de produção assistida, como fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem* (inciso III), concepção artificial homóloga (inciso IV) e inseminação artificial heteróloga (inciso V). A disposição expressa no referido artigo manifesta a intenção da legislação de resguardar a filiação da criança gerada por inseminação póstuma, independentemente do momento do nascimento, entretanto não esclarece quais efeitos resultam dessa filiação.

A única regulamentação específica sobre reprodução assistida é a Resolução nº 2.294/2021, CFM, que embora não tenha força de lei é usada pelos médicos como um parâmetro ético em eventual utilização da técnica de inseminação *post mortem*. Para o CFM não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que, tenha autorização prévia e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

Com referência, aos direitos sucessórios, é necessário atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC art. 1.784 e art.1.787). O filho concebido tem direito à sucessão (CC art. 1.798), não podendo afastar-lhe tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial (DIAS, 2013).

No que tange o direito de suceder, a imediata consequência jurídica da morte é a abertura da sucessão. Para tanto, os parentes vivos são os legitimados a suceder, existindo uma ordem jurídica de “preferência” entre eles,

conforme art. 1.784, CC: aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, princípio da Saisine.

A transmissão dos bens que compõem o acervo hereditário pode se dar via testamento – sucessão testamentária – ou através da sucessão legítima, hipótese em que se obedece a uma “escala de preferência” legalmente delineada, a chamada ordem de vocação hereditária, que está disposta no art. 1.829 do diploma civil, *in verbis*:

Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou na separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se no regime da comunhão parcial, ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

À luz do exposto, tem-se que a transmissão da herança ocorre, seja pela sucessão, sucessão essa testamentária ou legítima, no exato momento da morte, aos sucessores vivos ao tempo da abertura da sucessão.

#### 4.1 ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS REFLEXOS SUCESSÓRIOS NA INSIMINAÇÃO ARTIFICIAL

Na reprodução assistida tanto na forma homóloga como na heteróloga, cabe destacar o assunto polêmico que é o destino atribuído aos embriões excedentes. Primeiramente, é importante definir o que é embrião. O Projeto de Lei nº 1.184/2003 que dispõe sobre a reprodução assistida, no parágrafo único, inciso I do art. 1º denomina: “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”.

É importante ressaltar a inviolabilidade do direito à vida que é assegurada pela atual CF no seu art. 5º, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Diniz (2007), afirma que o direito à vida é cláusula pétrea e a ordem jurídica deve respeitar a vida por ser um bem que antecede ao direito. Dessa maneira, a vida é um direito personalíssimo que condiciona a proteção

contra todos e contra tudo como dever absoluto e deve prevalecer sobre todas as coisas, acrescenta a mesma estudiosa.

Entretanto, surgem questões polêmicas na inseminação artificial quanto ao marco inicial da vida e sua proteção jurídica. Diante das divergências, surgem as correntes doutrinárias natalistas, concepcionistas e da teoria da personalidade condicional, explica Madaleno (2013). Conforme Loureiro (2009), os doutrinadores natalistas afirmam que antes do nascimento o embrião não tem personalidade e não é pessoa, portanto não é sujeito de direitos. No caso da teoria concepcionista, seus adeptos alegam que a vida começa no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, destaca Vasconcelos (2006). Conseqüentemente, a concepção é o marco da personalidade do nascituro, em vista disso, ele é considerado uma pessoa de direitos, explica Madaleno (2013).

Finalmente, a teoria da personalidade condicional adota o posicionamento de que a personalidade é adquirida com a concepção, porém condiciona os direitos relacionados a ela com o nascimento com vida, conforme Madaleno (2013). Nessa perspectiva, Madaleno (2013) elucida que no Brasil predomina a teoria natalista segundo a qual, os direitos de personalidade estão condicionados ao nascimento com vida em conformidade com o CC.

Sobre esse assunto, o CC dispõe acerca do direito de personalidade no seu art. 2º, destacando que a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, porém a lei põe incólume os direitos do nascituro desde a concepção. Entretanto, há divergências sobre quando exatamente inicia a vida humana, que segundo Vasconcelos (2006) é condição indispensável para a resolução dos problemas advindos da reprodução assistida. De acordo com Dias (2011) o que se põe em discussão é que se o embrião fecundado em laboratório, e aguardando, *in vitro*, a implantação no ventre materno, já se entende como sujeito de direito, ou seja, se o embrião pré-implantatário (embrião ainda não implantado), tem direito de personalidade e direito de sucessão.

Quanto ao destino dos embriões que sobraram, Madaleno (2013) partilha da ideia da existência de numerosas questões éticas, várias dúvidas e muitas divergências. Contudo, considerando que os embriões excedentes possuem vida humana, concorda com a sua implantação ou adoção, proibindo

o descarte. Na mesma linha de raciocínio, Scalquette (2010), defende a utilização de um número mínimo de embriões fecundados evitando o excesso e, o quanto ao destino dos excedentes seria o implante ou a adoção, tudo isso, respeitando os princípios da paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dada a possibilidade de congelar o material genético, principalmente masculino, pelas menores dificuldades de ordem técnica para se manter um banco de espermatozoides, abre-se a possibilidade de, antes de ocorrer a fertilização artificial em alguma de suas modalidades com os futuros pais ainda vivos, um deles venha a falecer e o sobrevivente, por motivações diversas, notadamente, por querer dar continuidade à história, pretenda ter um filho do (a) falecido (a). É o que se chama de fertilização homóloga *post mortem*.

O assunto referente à reprodução após a morte revela ser um grande desafio para o Direito devido à falta de clareza e regulamentação jurídica. Destarte, na reprodução assistida homóloga *post mortem* há os conflitos gerados quanto ao direito de sucessão dos filhos concebidos após a morte do pai biológico. Portanto, a grande discussão ocorre quanto ao direito de personalidade e ao direito de sucessão do embrião fecundado no laboratório e que aguarda a sua introdução no útero da mãe, elucida Dias (2013).

Atualmente no Brasil, não há uma legislação constitucional ou infraconstitucional específica quanto à questão da reprodução assistida. Em face do vazio legislativo existente, não há uma expressa vedação legal para prática de inseminação artificial *post mortem*, tampouco existe uma legislação permissiva.

De acordo com Dias (2011), na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte, ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório, tendo a possibilidade de o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga ou heteróloga, ser contemplado mediante testamento.

A sucessão testamentária ocorre sempre que o falecido tenha deixado um testamento dispondo de seus bens, respeitando, contudo, a legítima (art. 1.857, CC). Desse modo, havendo herdeiros necessários (descendentes,



ascendentes e cônjuge), o testador, em seu ato de disposição de última vontade, só poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio, já excluída eventual meação, visto que os outros 50% (cinquenta por cento) são, por força de lei, destinados à legítima.

Não basta, entretanto, a condição de herdeiro. Para haver legitimidade sucessória, é necessário que o herdeiro esteja vivo ou, ao menos, já concebido quando da abertura da sucessão. É o que se infere do art. 1.798 CC, lilegitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL, 2002).

À luz do exposto, tem-se que a transmissão da herança ocorre, seja pela sucessão, seja pela sucessão testamentária ou pela sucessão legítima, no exato momento da morte, aos sucessores vivos ao tempo da abertura da sucessão. É aí que reside a problemática da (i)legitimidade para suceder do fertilizado homologamente *post mortem*.

No âmbito doutrinário, o tema é abordado pela corrente que defende a prática da inseminação artificial *post mortem* no Brasil, mas divergem no ponto da autorização prévia do doador. A corrente majoritária defende que sem a autorização do marido, a prática deve ser vedada. De outro lado, a corrente contrária, acredita que o simples fato do doador depositar o seu material genético no laboratório, já é o suficiente para comprovar a sua pretensão de ter um filho.

Em se tratando de material genético armazenado em clínica, e considerando o princípio da autonomia dos sujeitos, Lôbo (2014), afirma que, não é objeto de herança e que para a realização da inseminação, deverá haver consentimento de ambos. Caso a inseminação seja realizada se a devida autorização do *de cujos*, não deve ser reconhecida como paternidade.

Enquanto não temos legislação própria, seja em lei especial ou no próprio código, todas essas questões permanentes, estão sendo tratadas a partir das mais diversas interpretações doutrinárias acerca do tema. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente o direito da criança à existência, fazendo interpretações e sistematizações de alguns princípios constitucionais e de outro, os que julgam como uma distorção dos preceitos éticos.

## 4.2 UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA TEMÁTICA SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO E A INSIMINAÇÃO ARTIFICIAL: ESTUDO SOBRE AS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRAS

No âmbito jurisprudencial, a Quarta Turma do STJ, decidiu em favor da utilização do material genético do falecido para a técnica da inseminação artificial após a sua morte, decorrente de autorização expressa.

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. **REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS.** PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. **(Recurso Especial nº 1918421 SP 2021/0024251-6.** Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 08/06/2021, T4 – Quarta Turma, data de publicação: DJe 26/08/2021)

Trata-se do caso de J. L. Z. e T. da C. R. Z., vontade de procriação em vida, tanto que se submeteram ao método de fertilização *in vitro*, tendo o falecido realizado, inclusive procedimento cirúrgico de aspiração de espermatozoides para tal propósito. É absolutamente certo que J. L. Z. nutria o desejo, em vida, de ter filhos com T. da C. R. Z.

Já a 3ª Turma Cível do TJDF, negou pedido de uma viúva para usar o material genético criopreservado do seu finado companheiro para fins de reprodução assistida, por entender o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização das técnicas de inseminação artificial, e diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, não tem como presumir o desejo do *de cujus* de ser pai após a sua morte, sem a manifestação expressa em vida.

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO

LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. (Acórdão n.820873, Apelação Cível: APC 0100722-92.2008.8.07.0001 DF 01000722-92.2008.8.07.0001. Relator: Nídia Corrêa Lima. Julgado em 03/0/2021, 3ª Turma Cível, data de publicação: DJe23/09/2014, pág.: 139.)

A autora da ação de conhecimento viveu em união estável com o *de cuius* por quatorze anos e ambos desejavam ter filhos, mas como o companheiro era portador de uma neoplasia maligna, contrataram a empresa para coleta e armazenamento do sêmen antes de iniciar o tratamento quimioterápico. O companheiro veio a óbito e a empresa ré nega a entrega do material genético sob o argumento da falta de autorização expressa para a utilização do material genético *post mortem*.

Os desembargadores decidiram pelo provimento do recurso, com base na ausência de autorização expressa pelo *de cuius* para a utilização do material genético após sua morte, pois não é possível presumir o consentimento do falecido sem ferir o princípio da autonomia da vontade.

Atualmente, o CFM exige a autorização expressa para a utilização do material genético *post mortem*. A questão polêmica sobre a reprodução homóloga *post mortem* gera várias implicações, especialmente sucessórias devido à carência de normas específicas que regulam a utilização após a morte do material genético colhido e criopreservado. Dessa forma, cabe ao intérprete suprir as lacunas existentes e dirimir tais questões com base nos princípios, na doutrina, na legislação existente e no direito comparado.

A 13ª Vara Cível de Curitiba, decidiu em favor da possibilidade da utilização do material genético do falecido para utilização em inseminação artificial após a sua morte, mesmo sem a autorização prévia.

Trata-se do caso da professora Kátia Lenerneier e seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. Relata Katia, que estava casada há 05 anos e o casal já havia passado por várias tentativas frustradas de gravidez, que foram interrompidas por abortos espontâneos. Em janeiro de 2009, Roberto, seu marido, foi diagnosticado com câncer de pele e seria submetido a tratamento com quimioterapia. Seu médico alertou que esse tipo de tratamento poderia causar esterilidade e aconselhou depositar o seu material genético em uma

clínica especializada. No momento da coleta do material genético, o doador não manifestou qual seria o destino do seu material genético, caso viesse a falecer. Após cinco meses de tratamento, Roberto veio a óbito.

Após a morte do marido no início de 2010, Kátia decidiu realizar a inseminação com o material depositado na clínica, e naturalmente, a clínica se negou a realizar tal procedimento. Logo, ajuizou uma ação de obrigação de fazer em desfavor da clínica perante a 13ª Vara Cível de Curitiba.

O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar para a professora Kátia Lernerneier, autorizando a utilização do material genético criopreservado para realiza a desejada inseminação artificial, reconhecendo a presunção do desejo de ser pai, através de provas testemunhais: familiares, médicos e os demais herdeiros.

Percebe-se que até no âmbito judiciário temos entendimentos opostos, de causas semelhantes. Essa disparidade é devida a falta de disposição legal expressa sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.

A vocação hereditária é tratada no atual CC no art. 1.798, dispõe que: *“legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”*, o que, em tese, o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, não teria reconhecido o direito sucessório, pois não estaria ainda concebido e nem nascido no momento da abertura da sucessão.

O CC reconheceu em parte à evolução da bioética, fez referência apenas as técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação art. 1.597. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas.

Ao excluir da sucessão hereditária, o filho fruto da inseminação artificial homóloga póstuma, o CC vai de encontro com o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, §6º, da CF e ratificado pelo art. 1.596, do CC, que veda qualquer distinção de tratamentos entre os filhos.

Alguns autores defendem a possibilidade de inserção do concebido após por inseminação póstuma, apenas no âmbito da sucessão testamentária, quando houver expressado a disposição de última vontade em favor de prole eventual do próprio de *cujus*, prevista no art. 1.799, I, do CC, desde que, a concepção deste herdeiro seja no prazo de dois anos contados a partir da data da abertura da sucessão (art. 1800, §4º, CC). Após este termo final, sem a concepção do herdeiro, os bens serão transferidos aos herdeiros legítimos.

No entanto, ao admitir que a única forma para suceder, seria por meio da sucessão testamentária, deve-se considerar que será dado um tratamento diferenciado ao filho concebido após a morte do seu genitor, em relação aos demais herdeiros legítimos. Essa interpretação, contraria o entendimento dado ao princípio constitucional da igualdade entre filhos, que veda qualquer resíduo de desigualdade de tratamentos aos filhos, independentemente de sua origem.

Sendo assim, existem muitas divergências no âmbito jurídico, social e até mesmo religioso quanto ao emprego de técnica de reprodução humana para a concepção *post mortem*. É uma temática aberta que constitui um grande desafio para o Direito e para a Ciência Jurídica no nosso Direito e, assim, apta as mais diversas interpretações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as conquistas da ciência e a implementação da reprodução humana assistida, tornou-se mais fácil a concretização do desejo de um casal ter seus próprios filhos e constituir uma família. Apesar de ser uma mudança positiva no âmbito social, trouxe, ao mesmo tempo, incertezas no campo jurídico, principalmente no direito de família. Isso porque se trata de um tema complexo, que originou uma nova realidade jurídica com várias questões polêmicas, em razão da carência de legislação específica. O presente trabalho procurou abordar os problemas relativos ao direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do seu genitor. Devido à ausência de uma regulamentação específica sobre o tema, foram abordadas diferentes interpretações doutrinárias sobre o tema.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a evolução histórica acerca da família, os princípios que orientam o direito de família e as famílias possíveis na atualidade. Ainda, neste estudo observou-se que a CF acolheu a família democrática, permitindo as mais diversas estruturas familiares, não admitindo nenhum tipo de discriminação entre seus integrantes. Assim, devido à pluralização da família podemos perceber a existência de várias entidades familiares fundadas no afeto e na prevalência da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, abordaram-se o direito de filiação, a inseminação artificial e as principais técnicas existentes, além do método homólogo e heterólogo. Verificou-se que a CF estabeleceu o princípio da igualdade de filiação e proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, tratando o planejamento familiar como um direito fundamental de livre decisão do casal. Constatou-se a existência das técnicas de reprodução assistida que surgiram com a finalidade de superar os problemas de saúde considerados de interesse público, referentes à infertilidade e à esterilidade dos casais.

Na sequência, foram examinadas algumas questões polêmicas sobre a Inseminação artificial e suas consequências jurídicas, devido à carência de legislação específica no Brasil. Assim, nas questões controvertidas analisadas,

constatou-se o confronto de direitos fundamentais e percebeu-se a necessidade ao respeito da dignidade humana e ao melhor interesse da criança e do adolescente, na tentativa de encontrar soluções mais adequadas, além, incontestavelmente, da análise do caso concreto.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado na análise da inseminação artificial e suas questões deveras complexas e polêmicas, o capítulo final partiu da análise da inseminação artificial na legislação nacional e no direito comparado; a contribuição da bioética e o biodireito para a reprodução medicamente assistida; algumas questões polêmicas e seus reflexos nas relações familiares devido à insuficiência de aparato legal sobre a inseminação artificial no Brasil e, ainda, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais como forma de solução dos conflitos.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – qual a eficácia da aplicação do direito das sucessões nas hipóteses de fertilização artificial? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento ineficaz, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro não abrange todas as consequências decorrentes da reprodução humana assistida e não traz soluções legislativas para os mais diversos e complexos conflitos resultantes.

Na busca de solução das adversidades inerentes ao tema, o direito comparado estabelece alguns parâmetros para o tratamento específico dessas questões, que podem trazer contribuições ao direito brasileiro, através das experiências estrangeiras. Porém, a legislação estrangeira apresenta diferentes modulações a respeito dos dilemas que envolvem a reprodução humana medicamente assistida, sendo tratada de forma mais flexível em alguns países e em outros de forma mais rigorosa. Assim, como no Brasil não existe legislação exclusiva sobre o assunto, cabe ao direito aliado aos princípios constitucionais inerentes ao direito de família, em especial a dignidade da pessoa humana, além da doutrina e da jurisprudência, buscar uma melhor adequação jurídica aos conflitos e às questões polêmicas decorrentes da reprodução artificial humana trazendo maior segurança jurídica.

A respeito da legitimidade do uso da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deve-se fazer uma interpretação sistemática do

princípio da legalidade, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, e do planejamento familiar, que consiste na livre deliberação do casal para realização de um projeto parental. Além do mais, o CC no seu art. 1.597, inciso III, incluir em seu ordenamento a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido através da presunção de paternidade. Em decorrência dessa previsão, ratifica-se a possibilidade de inseminação *post mortem*, ou seja, o indivíduo pode ser gerado após o falecimento do genitor biológico, pela utilização de sêmen criopreservado.

Sobre a manifestação expressa da vontade do doador do material genético para que seja realizada a inseminação *post mortem*, considera-se frágil o argumento que o depósito do sêmen no laboratório seja suficiente para produzir efeitos jurídicos e presumir o desejo de ser pai após a morte. Vale ressaltar que o material genético armazenado na clínica, não é objetivo de herança e que para realização da inseminação, dependerá haver o consentimento de ambos. Diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, deve-se fazer uma interpretação condicionada ao princípio da autonomia da vontade, que consiste no consentimento em comum do casal querer levar adiante esse projeto parental mesmo após a sua morte, de modo que tal providência deveria caber ao laboratório por meio de documento que permaneceria arquivado no local.

Com relação aos direitos hereditários, o reconhecimento ao direito sucessório do filho concebido por inseminação *post mortem*, não poderá ser afastado, sob o argumento de fomentar uma eterna insegurança aos outros herdeiros e da partilha do acervo hereditário, pois a segurança é sempre relativa e não absoluta, ou pela literalidade do que dispõe o art. 1.798 do CC. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios constitucionais, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o art. 1.798 do CC, deve ser interpretado conjuntamente com a CF. A observação dos princípios constitucionais, como a igualdade plena entre os filhos, a proibição de qualquer forma discriminatória e o melhor interesse da criança, torna possível a habilitação do filho concebido após a morte se habilitar a sucessão de seu



genitor. Dessa forma, considera-se mais sensata a corrente doutrinária que não verifica violações constitucionais à inseminação *post mortem*, aceitando que se operam os efeitos pessoais e patrimoniais em sua plenitude.

Por outro lado, há a necessidade de estipular um prazo prescricional para que o herdeiro seja concebido, para que não cause uma insegurança jurídica aos outros herdeiros e à partilha do acervo hereditário. O mais razoável seria considerar tal possibilidade, analogicamente a prole eventual, ou seja, o herdeiro deverá ser concebido no prazo máximo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que se possa dividir a herança dentre os demais herdeiros e no bojo do próprio inventário, ou arrolamento reservar uma cota parte para o eventual herdeiro, ou peticionar uma ação de herança no limite prescricional desta.

Contudo, acredita-se que seja legítima a utilização da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, assegurando ao filho nascido pela técnica de inseminação póstuma, ter a sua paternidade reconhecida, bem como ter seus direitos sucessórios reconhecidos, todavia, desde que a haja a autorização prévia do cônjuge falecido e a concepção ocorra dentro de um prazo prescricional de dois anos, a contar da abertura da sucessão.

Portanto, depreende-se do estudo que a evolução tecnológica, especialmente na área da medicina em relação à inseminação artificial trouxe implicações na sociedade afetando especialmente o direito de família, entretanto, o direito não acompanhou essa evolução e não possui uma legislação específica para dirimir os conflitos resultantes. Trata-se de um tema muito delicado, pois envolve direitos fundamentais que merecem ser assegurados, como o direito à vida, à dignidade e o melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo jus à atenção e ao cuidado maior na resolução de conflitos que os envolvam. Assim, acredita-se que as normas que venham a ser estipuladas para a regulamentação da inseminação artificial não devam impedir os avanços científicos, mas que sirvam para impor limites, coibir abusos e para equilibrar esse avanço de forma ética, ou seja, estabelecer limites necessários para compatibilizar o respeito à dignidade e aos demais direitos fundamentais com os avanços científicos. Por fim, se faz necessário que as técnicas de reprodução assistida sejam regulamentadas, com leis

específicas e completas, capazes de sanar todas conflitos ético e jurídicos, quanto ao emprego de técnica de reprodução.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em reprodução humana assistida**. São Paulo, SP: Atheneu, 2007.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Código Civil do. **Código Civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Promulgado em 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei da Biossegurança**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004\\_2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004_2006/2005/lei/l11105.htm)>  
Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº. 470/2013. **Estatuto das Famílias**. Disponível em:  
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>.  
Acesso em 15 set. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184/2003. **Dispõe sobre a reprodução humana assistida**. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18275>>. Acesso em 15 set. 2021.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, **Resolução nº 2.294/2021 Conselho Federal de Medicina**. Promulgada em 27 de maio de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1008398 SP 2007/0273360-5**. Julgado em 15 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília. 29 mai. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>  
Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277 e ADPF 132**. Rel. Min Ayres Britto. Brasília. 05 mai. 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>  
Acesso em: 30 ago. 2021.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. 7. ed. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, v. 6.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Direito de Família**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido>. Acesso em: Acesso em 16 out. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo, SP: Saraiva, 2012., v. 4.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, v.5.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. 1. ed. Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em família e sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMPAIO, Pedro. **Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. IX.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Família, infância e juventude: os desafios do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça STJ. **Recurso Especial nº 1918421 SP 2021/0024251-6**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 08/06/2021, T4 – Quarta Turma, data de publicação: DJe 26/08/2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1270115923/recurso-especial-resp-1918421-sp-2021-0024251-6/inteiro-teor-1270115925>> Acesso em 09 out. 2021.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRUBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS TJ-DF. **Apelação Cível: APC 0100722-92.2008.8.07.0001 DF 01000722-92.2008.8.07.0001**. Relator: Nídia Corrêa Lima. Julgado em 03/0/2021, 3ª Turma Cível, data de publicação: DJe23/09/2014, pág.: 139. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>> Acesso em 16 out. 2021.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo, Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2006, v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7.