

ANA CÉLIA ALVES DE AZEVEDO REVEILLEAU

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ALCANCE E CONTROVÉRSIAS SOBRE AS
PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE**

**Escola Paulista de Direito - EPD
Especialização em Direito de Família e Sucessões**

**São Paulo
2012**

ANA CÉLIA ALVES DE AZEVEDO REVEILLEAU

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA: ALCANCE E CONTROVÉRSIAS SOBRE AS
PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito de Família e Sucessões, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito – EPD.

Orientador, Coordenador Prof. Flávio Tartuce.

São Paulo

2012

Não deverão gerar filhos quem não quer dar-se ao trabalho de criá-los e educá-los (Platão)

Às minhas filhas Ana Carolina e Ana Beatriz, e ao meu esposo Álvaro, pela paciência e compreensão da ausência dos momentos que deixei de compartilhar com eles durante todo o curso.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me dar, sempre força para lutar pelos sonhos que acredito.

Aos Professores Coordenadores do Curso de Família e Sucessões: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, pelo o desempenho e dedicação para que o curso seja ministrado com qualidade e aprimoramento do aprendizado dos alunos.

Aos professores pelas aulas enriquecedoras, com debates de temas atuais e instigantes ao aprofundamento dos ensinamentos.

Aos funcionários da EPD, sempre prestativos e atenciosos.

Enfim, todos os colegas e amigos do curso e fora dele que me incentivaram e me apoiaram, para que pudesse realizar e concluir este trabalho.

RESUMO:

O presente trabalho objetiva discorrer em breve apontamentos algumas das discussões que pairam sobre a reprodução assistida, a qual trouxe plena esperança para os casais que não podiam realizar o desejo de serem pais através dos modos naturais. Atualmente este tema encontra-se regulado pela medicina (Resolução n. 1957/2010).

Embora nem todas as polêmicas sobre o tema possam ser aqui tratadas, vale ressaltar que este tópico projeta reflexões em vários campos do conhecimento, principalmente no que se refere às relações familiares, uma vez que a ciência genética consolidou a possibilidade da concepção de uma vida humana fora do útero materno, seja com o material genético dos pais ou de terceiro. Enfim, as conseqüências desta evolução não podem ser desprezadas pelo Direito.

Abstrat:

The present work aims to make a brief analysis about the main discussions concerning to attended reproduction, which had brought hope for couples that could not be parents for the natural ways. Nowadays, this theme is ruled by the medicine (Resolution n. 1957/2010).

Although not all the polemics about this topic may be examined here, it's important to highlight this subject projects reflections in many branches of knowledge, mainly with regard to the family relationships, once the Genetic Science had consolidated the possibility of human conception outside the uterus, be it with paternal or foreign genetic material. At last, the consequences of this evolution cannot be disregarded for Jurisprudence.

Sumário

Introdução.....	1
CAPÍTULO 1. NOÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO	3
1.1 Breves Noções da Formação dos Laços de Parentesco	3
1.2. Conceito de Filiação e sua Evolução.....	7
CAPÍTULO 2. ASPECTOS GERAIS E ALCANCE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA DAS PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE (1597, INCISO III A V, DO CÓDIGO CIVIL).....	10
2.1. Conceito de Reprodução Assistida.....	10
2.2 Regulação das Técnicas de Reprodução Assistida Frente à Resolução nº 1957/2010	11
2.3. Formas de Técnicas de Reprodução de Assistida	13
2.4. Reprodução Assistida e suas Disposições no Código Civil como Presunção de Paternidade.....	15
CAPÍTULO 3. CONTROVÉRSIAS NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA.....	19
3.1 O Sigilo da Identidade do Doador Versus o Direito de Identidade Genética da Pessoa Fruto da Fertilização Heteróloga.....	19
3.2. Evolução do Direito de Reconhecimento da Filiação.....	21
3.3. Investigação de Paternidade, Negatória de Paternidade e as Técnicas de Reprodução Assistida.....	23
CAPÍTULO 4. UNIÃO ESTÁVEL, HOMOAFETIVA E A VIABILIDADE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	29
4.1 União Estável e Reprodução Assistida.....	29
4.2. União Homoafetiva e Reprodução Assistida.....	31
CAPÍTULO 5. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS.....	38
5.1. Aspectos Gerais do Direito Sucessório.....	38
5.2. Princípio da Igualdade entre os Descendentes.....	41
5.3 Os Sucessores <i>Post Mortem</i>	42
Conclusão.....	40
Bibliografia.....	51

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca traçar breves linhas sobre a reprodução assistida nas relações familiares, pontuando algumas das polêmicas que envolvem o tema. Embora, sem esgotar todas as discussões procura desenvolver reflexões sobre a matéria, relativas às formas de presunção de paternidade, controvérsias que envolvem a inseminação com terceiros doadores de sêmen e inseminação após a morte.

A escolha deu-se por ser um assunto que envolve a evolução da medicina que permite formar vidas humanas fora do corpo da mulher, possibilitando que casais tenham sua prole, com ou sem o próprio material genético, ou mesmo quando já falecido algum dos parceiros, com projeções jurídicas, especialmente, nas relações familiares.

Desse modo, a presente monografia foi dividida em cinco capítulos:

O primeiro procura discorrer sobre a evolução das relações de parentesco e filiação, visando demonstrar que a reprodução assistida ampliou o conceito de filiação.

O segundo capítulo será desenvolvido apontando, de modo amplo, como a inseminação artificial é regulada pela Resolução n 1597/2010, do Conselho Nacional de Medicina, e os efeitos jurídicos sobre a matéria diante das presunções de paternidade previstas no artigo 1597, inciso III a V, do Código Civil.

No terceiro capítulo objetiva discutir as polêmicas que a reprodução assistida heteróloga envolve, principalmente, quanto ao direito do sigilo do doador e o direito de identidade genética da pessoa fruto da fertilização, além das possibilidades de interposições de ações de investigação de paternidade e negatória de paternidade, quando diante das relações parentais resultando a fecundação artificial.

O quarto capítulo será feito um breve estudo das uniões estáveis entre homem e mulher e união homoafetiva para compreender se estão ou não incluídas nas técnicas de inseminação, tendo em vista que as presunções dispostas na lei dirigem aos casais unidos pelos laços de matrimônio.

E por fim, abordará a reprodução assistida *post mortem* e os direitos sucessórios, visto que se trata de uma lacuna legal, na qual se discorrerá sobre as indagações relativas ao embrião e quais os seus direitos na sucessão.

Dessa forma, tenciona-se contribuir através das presentes reflexões, baseado na doutrina, jurisprudência, participação em palestras e congressos, com os demais estudos já existentes, bem como outros que possam vir a ser apresentados.

CAPITULO 1. NOÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO

1.1. BREVES NOÇÕES DA FORMAÇÃO DOS LAÇOS DE PARENTESCO

O direito de família foi umas das áreas onde se vislumbrou as maiores mudanças na sociedade contemporânea. Saltou de um sistema que focava a preocupação básica nas relações patrimoniais, da propriedade, do contratante, do marido, do testador, para ser baseado em ideais de pluralismo, solidariedade, democracia, igualdade, liberdade e humanismo.

Arnoldo Wald ressalta, que a noção de família tem variado através dos tempos, e numa mesma época era utilizada com acepções diversas, como no direito romano que não apenas significava o grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, como também se confundia com seu patrimônio.¹

As modificações do conceito de família foram ainda mais expressivas a partir da Constituição da República de 1988, artigo 226, § 4º, ao definir como entidade familiar “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, o que abrigou a família monoparental, constituída por apenas um dos seus membros. E no §3º reconheceu a união estável verificada entre homem e a mulher como entidade familiar, com a devida proteção do Estado.

De sorte, que se reconheceu a presença concreta de valores e princípios voltados à proteção da pessoa humana no conteúdo das relações familiares.

A Carta Magna, artigo, 226, § 7º, procura enfatizar que o planejamento familiar é uma liberdade do casal, e encontra-se definido na Lei n. 9.263 de 12 de junho de 1996, como :

O conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal”.

No que tange à classificação das relações jurídicas familiares o modelo tradicional faz a seguinte divisão: relações conjugais, as quais alcançam as relações de companheirismo; relações de parentesco, principalmente, as provenientes dos

¹ Arnaldo Wald, *Direito Civil, - Direito de Família 5,ed. 17ª, São Paulo: Saraiva, pp1/2;*

laços de filiação, não incluído apenas os liames entre filhos e pais; e as relações de afinidade.

Essa classificação, na verdade, é importante, pois permite identificar as diversas relações familiares e seus variados conteúdos, realizando especial distinção quanto aos efeitos jurídicos, como, por exemplo, na questão dos alimentos entre parentes, as quais recebem tratamento diferenciado quando se tratar de não-parentes, como no caso dos cônjuges e companheiro.

Já no que se refere ao conceito de parente, também se vislumbra sua evolução, uma vez que sempre esteve ligado à relação de consangüinidade, sendo considerado parentes apenas as pessoas que descendiam umas das outras, parentesco em linha reta, ou descendiam de progenitor comum, parentesco em linha transversal ou colateral. Ou seja, abrangia os laços de sangue, e não as demais formas de vínculos, não decorrentes de vínculos biológicos, como a adoção e algumas modalidades de técnicas de reprodução assistida.

Com o advento do Código Civil de 2002, restou confirmado que o conceito de parentesco não se limita aos laços de sangue, abrange, primordialmente, o caráter socioafetivo, valorizando-se mais o afeto do que a origem biológica. Assim, o direito parental passa a contemplar como principais princípios ou linhas mestras:

- dissociação do Estado de filiação com o Estado civil dos pais;
- direito de paternidade como direito fundamental da criança e adolescente;
- responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos;
- dissociação entre paternidade e ascendência genética (paternidade socioafetiva);
- igualdade entre filhos matrimoniais e não extramatrimoniais; e
- superação dos limites formais em matéria de prova na investigação de paternidade.

Dentre outros aspectos do estudo do direito parental, a lei classifica os vínculos por linhas, reta ou colateral e contagem de gerações. Parente por linha é a vinculação da pessoa ao seu tronco ancestral comum, nos termos do artigo 1591 do Código Civil, o critério que se leva em consideração é a relação de ascendência e descendência, como bisavô, avô, pai, filho, neto, bisneto. Já a relação de parentesco fundada na ancestralidade comum, sem relação de ascendência e descendência entre os parentes em questão são os parentes em linha colateral.

Saliente-se, que no parentesco em linha reta não há limitação de grau.² Além do mais, todas as pessoas, sob o prisma de sua ascendência, tem duas linhas de

² Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.

- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.

- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.

- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.

- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.” - Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.

- Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): “§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.” - Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo.

- Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.

- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.

- A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.

- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.

- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em reformatio in pejus.

Recurso especial provido.

parentesco: a linha paterna e a linha materna. Para o direito essas duas linhas assumem real importância, especialmente, para o direito sucessório, o que enseja a existência de partilhar a herança na forma denominada “partilha in líneas”.

No tocante ao parentesco em linha colateral, transversal ou oblíqua a lei considera, nos termos do artigo 1592, do Código Civil, as pessoas provenientes de um só tronco comum, sem descenderem uma da outra, como: irmãos, tios, sobrinhos e primos. Considerando parente até o limite do quarto grau. Para o direito tal limitação do grau torna-se relevante, pois nem todas as pessoas que se consideram parentes, juridicamente o são.

Então, para efeito jurídico grau é a distância entre parentes, cuja contagem é pelo número de gerações, isto é, grau é a distância entre gerações, que vai de um a outro parente. Temos, então: pai e filho são parentes em linha reta em primeiro grau, e o avô e neto são parentes em linha reta em segundo grau.

Na linha colateral, igualmente, conta-se o parentesco pelo número de gerações. Partindo-se de um parente situado em uma das linhas, subindo-se até o ascendente comum contando-se as gerações, descendo pela outra linha até encontrar o outro parente, com a mesma contagem de gerações, consoante o disposto no artigo 1594, do Código Civil. No caso dos primos, de acordo com tal método, são parentes na linha colateral em quarto grau, e os irmãos são colaterais em segundo grau.

Com isso, não há que se falar em parente na linha colateral em primeiro grau, tendo em vista que haverá necessidade de pelo menos dois graus e três pessoas. Acrescente-se que a linha colateral pode ser igual ou desigual. Será igual quando a distância que separa os parentes do tronco comum em número de gerações é a mesma, como ocorre com os irmãos. E desigual quando a separação do tronco comum é por duas gerações, no exemplo de tio e sobrinho.

E por derradeiro, deve ser mencionado que há distinção entre os irmãos chamando-se bilateral quando têm o mesmo pai e a mesma mãe. E de unilateral têm apenas o mesmo pai ou somente da mesma mãe.

Embora todos os filhos sejam iguais, em matéria de direito sucessório quando a sucessão legítima ocorrer em prol dos parentes na linha colateral, baseada na regra do artigo 1841, do Código Civil, com a abertura da sucessão de irmãos, os

bilaterais têm direitos ao dobro da parte destinada aos unilaterais, sendo que somente haverá igualdade na partilha se todos forem bilaterais ou unilaterais.

Diante do exposto, permite-se verificar que os laços de parentesco têm peculiaridades próprias, e sua evolução permitiu que as famílias as sejam mais unidas pelo afeto, do que pela posição que se encontre no núcleo familiar.

1.2. CONCEITO DE FILIAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO

O conceito de filiação tem se modificado a cada século, no Código de 1916, por exemplo, era clara a distinção entre os filhos. A filiação era natural quando decorrente da procriação, considerava os filhos: legítimos ou ilegítimos. Os primeiros eram os nascidos na vigência do casamento, também podia ser legitimados quando concebidos por pessoas não casadas, mas que após do nascimento convolvavam as *justas núpcias*.

Por seu turno, a filiação ilegítima era configurada quando os filhos eram nascidos de pessoas não casadas. Discriminados em natural, diante da inexistência de impedimento entre os pais para se casarem, e os espúrios, advindos do adultério ou incestuosos, nascido de pais que tivessem relação de parentesco, impedindo-os de contrair o matrimônio.

Na filiação civil o vínculo era formado pela adoção verificada por duas formas: simples ou plena.

Hoje, a menção dessa distinção entre filhos tem pertinência apenas para traçar as linhas de evolução e das barreiras do preconceito que o próprio direito fazia sobre a filiação.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 226, § 6º, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos. Ou seja, assegurou-se tratamento isonômico à filiação biológica e à civil.

Nesse sentido, desde o ano de 1990 são proferidas as decisões em nossos Tribunais como deu-se no julgamento do Resp 526/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, da Terceira Turma, quanto ao reconhecimento dos filhos incestuosos.³

³ FILIAÇÃO INCESTUOSA - DIREITO A HERANÇA. COM A VIGENCIA DA LEI 6.515/77, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 2. DA LEI 883/49, O FILHO INCESTUOSO PASSOU A TER DIREITO A SUCEDER, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM OS LEGITIMOS. NÃO LHE SENDO DADO, ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988, PLEITEAR O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE, ESTA HAVERIA DE SER EXAMINADA E DECIDIDA INCIDENTER TANTUM, COMO QUESTÃO PREJUDICIAL, PARA O ÚNICO FIM DE ASSEGURAR-SE O DIREITO A HERANÇA.

Nessa mesma órbita, inovou o Código Civil 2002, que acompanhou a lei constitucional, reproduzindo no seu artigo 1596,⁴ que também não há quaisquer discriminação entre dos filhos.

O conceito de filiação, desse modo tornou-se mais abrangente para Silvio Rodrigues trata-se;

*de uma relação de parentesco consangüíneos, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.*⁵

Esse conceito, portanto agrega a filiação de forma ampla ao considerar filho todos que foram havidos ou não na constância do casamento, com iguais direitos, sem qualquer termo qualificativo, advindo da adoção, da reprodução assistida, e sobretudo, advindo dos laços afetivos, elemento primordial na ligação entre duas pessoas na condição de pai e filho.

Nesse sentido, também se pautam as decisões dos tribunais, conforme fundamento do julgado proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighy no Resp. 1087163/RJ, julgado em 18/08/2011, no qual firmou o entendimento de que a paternidade socioafetiva prepondera sobre a paternidade biológica⁶.

(REsp .526/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/1990, DJ 19/11/1990, p. 13257)

⁴ Artigo 1596 "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"

⁵ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v.6 p. 297

⁶ *PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.*

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011)

No mesmo sentido, decidiu a V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça que aprovou o seguinte enunciado:

O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

E mais, no que se refere à reprodução assistida, introduzida no Código Civil de 2002, no artigo 1597, incisos III a V do Código Civil, representou um grande avanço jurídico no aspecto da filiação, tendo em vista que o legislador não fechou os olhos para evolução da medicina relativo a reprodução humana, permitindo aos casais instituírem sua prole com material genético próprio ou de terceiro, como será feito no estudo dos capítulos seguintes.

CAPÍTULO 2. ASPECTOS GERAIS E ALCANCE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NAS PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE (1597, INCISO III A V, DO CÓDIGO CIVIL)

2.1. CONCEITO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Inicialmente convém destacar que não se confunde os termos inseminação e fecundação. Washington de Barros Monteiro explica: que a “palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa “fertilizar” sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma. A palavra inseminação tem origem no verbo *insemire*, composto por in – dentro - e *semen* – semente, significando a colocação do sêmen na mulher”.⁷

Não há dúvida de que a inseminação decorre sempre da colocação do sêmen na mulher, seja este do próprio marido ou de um doador.

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, a qual atinge inúmeras pessoas em todo o mundo. No ocidente, por exemplo, avalia-se que um entre seis casais apresenta dificuldade para engravidar, e para 20% (vinte por cento) desses, a única forma de obter a fertilização é através da reprodução assistida (RA), a qual a consiste num conjunto de técnicas visando obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo.

É na década de 1990 que vários países estabeleceram suas normas legislativas e éticas sobre as técnicas de reprodução assistida, como no caso da Inglaterra, lugar onde nasceu o primeiro bebê de proveta, Louise Joy Brown, em 1978, na cidade de Bristol.

No Brasil o primeiro bebê de proveta nasceu em 07.10.1984, Ana Paula B. Caldeira na cidade de São José dos Pinhais – Curitiba. A legislação brasileira instituiu normas sobre a Reprodução Assistida em 1992, com a Resolução nº 1358/92, do Conselho Nacional de Medicina, a qual dispunha sobre Normas Éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, e que foi revogada após 18 anos de vigência pela atual Resolução n.1957/10.

⁷ Curso de Direito Civil, v. direito de família, 39^a ed. atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva São Paulo: Saraiva 2009, pp.360-361.

2.2 REGULAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA FRENTE À RESOLUÇÃO 1957/2010

O Conselho Federal de Medicina por considerar a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, avanço do conhecimento científico, e que as técnicas de RA têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais; necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica, decidiu em 15 de dezembro de 2010 revogar a Resolução n^o 1.358/92, após 18 anos de vigência e pela Resolução n^o 1.957/2010.

Na atual resolução estão previstas normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, com as seguintes disposições:

- princípios gerais;
- sobre os pacientes das técnicas de RA;
- às clínicas, centro ou serviços que aplicam técnicas de RA;
- doação de gametas ou embriões;
- criopreservação de gametas ou embriões;
- diagnósticos e tratamento de embriões;
- gestação de substituição (doação temporária de útero); e
- reprodução assistida *post mortem*.

Destaca-se, dentre os princípios gerais previstos na Resolução n^o 1957/10:

- a RA têm o papel de auxiliar na resolução de problema de reprodução humana;
- sua utilização deve ocorrer desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente;
- o consentimento informado será obrigatório, inclusive aos doadores;
- as informações devem atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico;
- as técnicas não podem ser aplicadas com intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer;
- proibição de fecundação de oócito humano, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana;

- o número de oócito e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro, com as seguintes determinações: mulheres com até 35 anos: até dois embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões e mulheres com 40 anos ou mais até 4 embriões, e em caso gravidez múltipla, decorrentes da técnica de RA é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

Por sua vez, quanto às Clínicas, Centro ou Serviços que aplicam técnicas de RA, devem ser ressaltados os seguintes os pontos:

- são os responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para paciente de técnicas de RA,
- apresentar como requisitos mínimos: um diretor responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais; e
- registros permanentes das gestações nascimento e malformações de feto ou recém-nascidos, bem como registros permanentes das provas diagnosticadas a que será submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Saliente-se, que essa técnica deve ser utilizada apenas de modo subsidiário, por ser tida como um tratamento médico, e não meio para obtenção de outros fins.

Além disso, o profissional da área médica deve ser devidamente habilitado para o procedimento, devendo ser autorizado e cadastrado junto ao Cadastro Nacional de Banco de Células e Tecidos Germinativos, vinculado ao Sistema de Produção de Embriões.

Deverá sempre ser consentida e autorizada pelo casal, informando-lhes dos seus direitos, como: informação e a liberdade das técnicas reprodutivas, risco e implicações; direito à informações de todas as implicações jurídicas do tratamento, informações de todas as etapas do tratamento.

No tocante à doação de gametas ou embriões e sua criopreservação a Resolução 1957/2010, aponta que a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial; impõe a obrigatoriedade do sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, e apenas em situações específicas as informações sobre doadores poderão ser fornecidas para os médicos, e não será permitido ao médico responsável pela clínica, unidade ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

As clínicas, Centros ou Serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões. Os embriões produzidos em laboratórios, os excedentes viáveis serão criopreservados e no momento da criopreservação os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Finalmente destaca-se, ainda, dentre as disposições previstas na Resolução 1957/2010, as relativas aos diagnósticos e tratamento de embriões, gestação de substituição (doação temporária do útero), e RA *post mortem*, conforme segue.

Quanto aos embriões, diz-se que toda intervenção sobre os embriões *in vitro* não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, com consentimento informado do casal. E o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias.

No que se refere às gestações de substituição poderá ser utilizada desde que exista problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, e as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina, e não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

2. 3. FORMAS DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O método mais simples de reprodução humana assistida é a chamada Inseminação Artificial Intrauterina IIU, no qual uma quantidade de espermatozóide é introduzida no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter, sem a ocorrência de relação sexual.

A inseminação intra-útero (IIU) é um dos um método utilizado para tratamento de algumas causas de infertilidade, a exemplo: quando há infertilidade sem causa aparente, presença de anticorpos, antiespermas, endometriose leve, fator masculino leve. Com essa técnica busca-se induzir ou melhorar a ovulação, utilizando

medicamentos que irão atuar no ovário. Na prática a realização do IIU é simples, acessando-se o colo uterino.⁸

Outro método é FIV, Técnica de Reprodução Assistida onde os óvulos são fertilizados pelos espermatozóides fora do corpo, em laboratórios, daí o termo *in vitro*. significa em vidro .

No início seu emprego deu-se nos casos de ausência, dano ou obstrução nas trompas. Atualmente, suas indicações alcançam outras hipóteses como: endometriose, fator masculino, fatores imunológicos, esterilidade sem causa aparente e falhas dos tratamentos anteriores. Nela o sêmen é encaminhado ao laboratório, onde será processado. Essa fase é de grande importância para a obtenção de espermatozóides com motilidade suficiente para penetrar nas diferentes camadas que revestem o óvulo, e somente após este procedimento os óvulos são colocados em contato com os espermatozóides. No dia seguinte, verifica-se a fertilização. No segundo dia observa-se a ocorrência de divisão celular dos pré-embriões, selecionando-se aqueles mais “saudáveis” para a transferência. Na hipótese de haver mais do que 4 embriões “saudáveis”, os excedentes serão congelados, procedimento que deverá ser autorizado pelo casal.⁹

Há também a chamada ICSI, injeção intracitoplasmática de espermatozóide, que consiste em colocar um espermatozóide dentro do óvulo. Esta técnica veio para auxiliar o tratamento de milhares de casais, que somente poderiam ter filhos com ajuda de um Banco de sêmen.

As primeiras indicações desta técnica foram para os indivíduos que produziam uma quantidade muito baixa de espermatozóide, pois nesta técnica, só será necessário o isolamento de um único espermatozóide para cada óvulo aspirado. Aliás, hoje os espermatozóides podem ser retirados do homem que não têm ejaculação, por meio da aspiração do epidídimo ou do testículo, com um aparelho, especialmente, desenvolvido que contém microagulhas para injeção.

Transferência embrionária, constitui-se de um procedimento simples, após a avaliação embrionária no laboratório, o cateter é carregado com até 4 embriões, os quais serão introduzidos no útero através do colo, em uma manobra totalmente indolor.

⁸ Guia da paciente *Fertividro Centro de Reprodução Humana*, p. 10, www.fertivtro.com.br

⁹ Op.cit. p. 16

A técnica ZIFT significa *Zibot Intra Fallopian Transfer*, por essa técnica é retirado do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo.

E o GIFT, *Gametha Intra Fallopian Transfer* é a indução do sêmen diretamente no corpo da mulher para que seja facilitado o encontro com o óvulo, e o embrião seja formado.

2.4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS DISPOSIÇÕES NO CÓDIGO CIVIL COMO PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

As presunções de paternidade ou maternidade objetivam fixar o momento da concepção, definindo a filiação, e conseqüentemente, os direitos e deveres dela decorrentes. As presunções, então previstas no artigo 1597, incisos I a V do Código Civil, abrangem: as provenientes do casamento válido, ainda que anulado ou nulo e mesmo que tenha sido declarado putativo, nos seguintes termos:

I - Filhos nascimento 180 pelo menos depois de estabelecido a convivência conjugal presunção *juris tantum*. Tem início a partir da convivência conjugal, não da celebração do casamento, porque objetivou o legislador resguardar a condição de matrimoniais aos filhos cujos pais se separaram de fato logo após o casamento, não deram sequer início à coabitação) ou aqueles que se casaram por procuração. E na hipótese que filhos nascimento antes da convivência conjugal, ou seja, antes dos 180 dias, prevalece a presunção, uma vez que cabe ao marido o direito imprescritível de contestar a paternidade.

II - Filhos nascidos nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, porque uma gestão tem prazo de 260 a 280 dias, Isso também vale para o casamento nulo ou anulável, ainda que não tenha reconhecido judicialmente a putatividade do casamento.

III - Filhos havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido. Reprodução assistido Homóloga porque são utilizados óvulo da mulher e sêmen do marido, poderá ocorrer a fertilização, desde que ele tenha oferecido a sua prévia autorização por escrito.

IV - Filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões, excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, Excedentários, além daqueles que foi transferido para o útero da mulher) . NO caso de embriões congelados para sua utilização futura, impõe a obtenção da anuência expressa do marido e da mulher.

V - Filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Envolve o óvulo do mulher, mas com o sêmen de terceiro, porém a lei impõe que autoridade a priori do marido.

Os incisos I e II tratam das chamadas presunções tradicionais: a presunção de paternidade do marido, para os filhos concebidos cento e oitenta dias após o

início da convivência conjugal; e a presunção de paternidade, para os filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal.

Já os incisos III a V referem-se às novas formas de reprodução assistida, ou seja, as decorrentes de manipulação genética, denominando pelo o legislador de fecundação por inseminação artificial homóloga, fecundação por inseminação artificial de embriões excedentários e a fecundação artificial heteróloga.

A reprodução assistida homologa, prevista no Código Civil, inciso III, do artigo 159 é a manipulação de gametas feminino (óvulo) e masculino (sêmen), do casal, substituindo a concepção natural, havida da cópula, decorrente da impossibilidade para gerar de um ou de ambos os cônjuge.

Contudo, para o uso do sêmen do marido é necessário sua permissão, enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo.

Segundo Paulo Lôbo, a viúva não poderá exigir da instituição responsável pelo armazenamento que entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança, a utilização de sêmen quando não consentida restringe os casos de doador anônimo, sem atribuição de paternidade¹⁰.

Para ele apenas é admitida a concepção de embriões excedentários se estes derivarem da fecundação homóloga, sendo portanto proibida a utilização por homem ou mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular de entidade monoparental.

Nessa parte, pode dizer que a novidade trazida pelo Código Civil está na possibilidade da fecundação ocorrer após a morte do marido, mesmo que nascido após os trezentos dias, mencionado para a presunção prevista no inciso II, exigindo apenas que tenha sido autorizado pelo marido, de forma expressa e específica.

Cumprido ressaltar, que desde a I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça federal, 2002, firmou-se o entendimento, no sentido de que o inciso III do artigo 1597, do Código Civil para ser presumida a paternidade do marido falecido é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, e autorização escrita do marido para utilização seu material genético após sua morte.

Igualmente, foi aprovado enunciado que dispõe que finda a sociedade conjugal a regra prevista no inciso IV apenas poderá ser aplicada se houver

¹⁰ Paulo Lobo, *Direito Civil, Famílias* 2 ed, São Paulo: Saraiva, p. 201.)

autorização por escrito dos ex-cônjuge, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação dos embriões.

Na Resolução n 1957, do Conselho Nacional de Medicina, como já abordado, o casal deve se manifestar desde o início sobre a destinação dos embriões excedentários quando ocorrer separação, divórcio ou morte.

O inciso V do artigo 1597, do Código Civil, refere-se à chamada inseminação artificial heteróloga, nela é utilizado o sêmen de terceiro, doador anônimo, e não o do marido para a fecundação do óvulo da mulher, porém deve o marido autorizar.

Assim a única exigência legal para que se concretizar inseminação heteróloga é consentimento do marido, não se impondo que ele seja estéril ou não possa procriar.

Anote-se, que a presunção de paternidade do artigo 1597, do Código Civil é *juris tantum*, em outras palavras, poderá ser provado em contrário, já que poderá ser proposta ação negatória de paternidade pelo marido, sendo tal ação imprescritível, consoante o artigo 1601 do Código Civil.

Cumprir observar, que na III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal, o enunciado n° 258 firmou entendimento de que a paternidade é absoluta.

Tais presunções eram tidas por absolutas, nos termos do artigo 339, I, II do Código de 1916, hoje prevalece o critério biológico. Logo não basta a confissão materna para excluir a paternidade, (artigo 1601, do Código Civil), nem o adultério da mulher, ainda que confessado. Já com o advento do Código Civil de 2002, (artigo 1600, do Código Civil), uma vez que não vale quanto a direitos indisponíveis.

Outrossim, o exame do DNA mostra-se como prova segura para confirmar a paternidade.

A Lei n. 35, de 1988 da Espanha, dispõe que “nem o marido nem a mulher quando tenham prestado consentimento, prévio e expressamente, a determinada fecundação com contribuição do doador ou doadores poderão impugnar a filiação matrimonial do filho nascido por conseqüências da fecundação.”

Ressalte-se, que nos termos do enunciado n° 257, da III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal, essas presunções por sua natureza não abrangem a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Nos casos de reprodução assistida, não se pode deixar de observar nas questões de presunções como a de que *mater semper cert est e pater is est quem justae nuptie demonstrant*, restam relativizadas.

Desse modo, as presunções novas trazidas pelo atual Código Civil são mais do que simples formação de vínculo de paternidade, maternidade e filiação, representa principalmente, relações que se pautam no amor, afeto.

CAPÍTULO 3. CONTROVÉRSIAS NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

3.1 O SIGILO DA IDENTIDADE DO DOADOR VERSUS O DIREITO DE IDENTIDADE GENÉTICA DA PESSOA FRUTO DA FERTILIZAÇÃO HETERÓLOGA.

O direito ao reconhecimento da identidade não é uma discussão nova, como ocorreu nos casos de adoção, hoje superada diante da permissão legal, nos termos da atual redação do artigo 48, do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, dada pela Lei n. 12.010/2009 nos termos segue:

O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos (dezoito) anos.

Assim, não se cogita mais do impedimento de que a pessoa tenha acesso à sua identidade genética. Ademais, cuida-se de um direito inerente à personalidade, conforme se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue transcrita:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COISA JULGADA. EXTINÇÃO DE PROCESSO ANTERIOR SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (CPC, ART. 267, VI). CARÊNCIA DE AÇÃO. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO (CPC, ART. 268). VÍCIOS ANTERIORES SANADOS. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. AFASTAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI), não há coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal - a qual, em regra, inviabiliza somente a discussão da controvérsia no mesmo processo, não em outro. Suprido o vício detectado na demanda anterior, é possível o ajuizamento de nova ação, observado o disposto no art.

268 do CPC.

2. No caso dos autos, a nova ação ajuizada pela ora recorrida - ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro civil - vem escoimada dos vícios identificados na demanda anterior, na medida em que estão configurados o interesse processual, em seu binômio necessidade-utilidade ou necessidade-adequação, e a possibilidade jurídica do pedido.

3. É possível a cumulação, no âmbito de uma mesma ação, dos pedidos de investigação de paternidade e de anulação ou retificação do registro de nascimento, tendo em vista que a modificação do registro é consequência lógica da eventual procedência do pedido investigatório.

4. Não se deve perder de vista que a pretensão deduzida na investigação fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), encontrando apoio na busca da verdade real. Destarte, máxime em ações de estado, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal em detrimento do

direito à identidade genética, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, relacionado à personalidade.

5. Descabe, assim, na espécie, recusar o ajuizamento da nova ação (CPC, art. 268), quando há apenas coisa julgada formal decorrente da extinção do processo anterior e a ação posteriormente proposta atende aos pressupostos jurídicos e legais necessários ao seu processamento.

6. Os embargos de declaração, no caso, foram opostos pelo ora recorrente com o intuito de prequestionar a matéria inserta no art.

471 do Estatuto Processual Civil. Tal o desiderato dos embargos, não há por que inquiná-los de protelatórios, devendo ser afastada a multa aplicada pela eg. Corte local em sede de declaratórios (Súmula 98/STJ).

7. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração.

(REsp 1215189/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011).

No que tange à técnica de reprodução assistida na forma heteróloga as discussões do direito de conhecimento das origens genéticas novamente são trazidas, tendo em vista o vazio da lei sobre a matéria, bem como o confronto de direito do sigilo garantido ao doador, com base no direito à sua intimidade e dignidade e o direito de filho, concebido com o material doado, de conhecer quem seria aquele que lhe permitiu o nascimento.

Para Rolf Madaleno, a origem genética é um direito que vincula as gerações, o que implica na inexistência de fundamento jurídico que impeça o homem investigar a sua procedência.¹¹

Rodrigo Bernardo Dias ao comentar sobre essa questão assinala que:

“o direito de acesso às suas próprias informações genéticas é derivada de um forte interesse pessoal, vez que permite ao indivíduo dispor de informações importantes (particularmente sobre sua saúde) ao tomar decisões relativas à sua própria vida”.¹²

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Reinaldo Pereira da Silva:

Nessa disciplina jurídica é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos tem o direito de conhecê-la acaso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamentos assistida, etc)¹³

Ana Claudia Silva Scalquette, argumenta que qualquer concessão que se faça a esse respeito tem de ser feita por via judicial, único caminho seguro para que se possa sopesar os dois direitos envolvidos, bem como para ser apurada a procedência das razões invocadas por aquele que a pretende.

¹¹ Repensando o Direito de Família. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2007, p. 138

¹² Privacidade Genética, São Paulo: SRS Editora, p. 163

¹³ Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo, Ltr; 2003, p. 61

Para ela deverá ser utilizada uma interpretação analógica como na questão da adoção a relativização do anonimato, porém em relação aos seus efeitos, não terá ela condão de atribuir ou garantir direitos patrimoniais ou pessoais entre o doador (a) e a pessoa concebida, com seu sêmen ou óvulo, sob pena de admitir que o pai ou a mãe são ou podem ser aqueles que doaram seu material genético de forma altruísta para auxiliar em procedimento reprodutivo.¹⁴

Nesse sentido, quanto aos efeitos de eventual investigação de paternidade, Jorge Fujita, assevera que :

Cabe ao filho originário da técnica de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer o doador anônimo do sêmen ou a doadora anônima do óvulo, mediante ação de investigação de paternidade, ou de maternidade, em face do pai biológico ou da mãe biológica, sem que isso venha a importar na declaração do filho natural, porquanto a relação paterno-filial ou materno-filial, já resta fixada e reconhecida (...)"¹⁵

Com postura Alberto Gosson Jorge Júnior, diz que defende o conhecimento do doador, comas seguintes palavras:

Não para efeito de vinculação de paternidade e respectivas obrigações e conseqüências patrimoniais,mas para efeito de identificação genética, que não pode ser negado.¹⁶

Desse modo, grande parte da doutrina, sob aspecto de uma interpretação analógica da adoção, posiciona-se no sentido de que o anonimato deve ser relativizado, para ser garantido o direito da pessoa, concebida por meio de material genético doado, o conhecimento de suas origens, mas sem efeitos no campo pessoal ou patrimonial.

3.2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

Inicialmente, teceremos breves apontamentos sobre a evolução do direito de paternidade.

Assim, se fizermos uma volta ao tempo, veremos que o direito à filiação e paternidade, sempre foram alvos de discussões e debates, porém foi preciso atravessar séculos para torná-lo em um legítimo direito da pessoa.

¹⁴ Op. cit. pp. 215/216

¹⁵ Filiação, São Paulo, Atlas, 2009, p. 76

¹⁶ Alberto Gosson Jorge Júnior, *A liberdade tem de ser plena*, Tribuna do Direito, ano, 16 – nº 186, outubro de 2010, p. 3

Ao se regressar à época em que o Brasil era ainda colônia de Portugal, onde vigia as ordenações Filipinas decretadas em 11/01/1603, havia nítidas distinções entre filhos ilegítimos de nobres e filhos ilegítimos de plebeus. Porém, mesmo após proclamada a independência do Brasil tal situação permaneceu, tendo em vista que se estabelecia a continuidade da vigência das ordenações Filipinas.

O Código Civil de 1917, ainda sob o manto do preconceito não conseguiu ultrapassar as barreiras da distinção entre filhos legítimos ilegítimos, conforme se comentou. Para os filhos incestuosos adulterinos só havia o direito de se intentar ação de investigação de paternidade para fins de alimento.

Todavia a idéia de que não poderia persistir a distinção entre filhos era mais forte do que os preconceitos que se mantinham.

Desta forma, o legislador ordinário no período de 1934 até 1944 perseguindo a igualdade de filhos ilegítimos com os legítimos disciplinou várias leis em especial na área do Trabalho e Previdência Social, como foi o caso da Lei 7036 de 10/09/1944 de Acidente do Trabalho, que considerava beneficiários os filhos do acidentado sem qualquer distinção de filiação. Outras leis também asseguravam os direitos aos filhos naturais sem questionar o tipo de filiação como: as que organizavam o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários; Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriais; Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciais; Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva.

Assim, se processava à margem do Código Civil uma série de leis esparsas especiais no sentido de suprimir a distinção entre filhos ilegítimos reconhecíveis e irreconhecíveis, equiparando-os a todos, aos filhos legítimos.

Com a aprovação da Lei 883/47 e advento da Lei 6.515 de 1977, que se garantiram os direitos aos filhos adulterinos de requerer o reconhecimento, mesmo que na constância do casamento.

E finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se corrigiram as injustiças cometidas aos filhos ilegítimos, conforme os ditames da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A Constituição Federal, no artigo 227 deu destaque aos direitos da Criança e do Adolescente, instituiu por lei ordinária o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069 de 13/06/1990, fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. E impôs no artigo 4° do mencionado estatuto, o dever da

família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade a efetivação dos seguintes direitos: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, dentre os direitos fundamentais consagrou o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando-se o segredo de justiça.

Por derradeiro o novo Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, artigo 1596, baseado na democracia e no estado de direito reconhece o direito à filiação de forma ampla e irrestrita sem qualquer forma de discriminação de filhos.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente da forma como concebido, culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental.¹⁷

Desta forma, após essa breve introdução é possível afirmar que qualquer discriminação entre filhos denota retrocesso social, e afronta, especialmente, os direitos e garantias fundamentais.

3.3. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As ações de investigação de paternidade encontram-se disciplinada nos artigo 1606 do atual Código Civil, nos seguintes termos:

A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz .

Disso resulta, que o filho pode investigar quem acredita ser seu suposto pai independente de condições para demonstrar sua filiação,¹⁸ o que resultou num

¹⁷ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil Direto de Família As Famílias em Perspectiva Constitucional*, vol. VI, São Paulo: Saraiva, p. 612;

¹⁸ AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DISPOSITIVO LEGAL APONTADO COMO VIOLADO INSUFICIENTE PARA DESCONSTITUIR O ACÓRDÃO RECORRIDO - SÚMULA 284/STF - DIREITO CIVIL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE AJUIZADA PELO FILHO - POSSIBILIDADE MESMO NA MAIORIDADE.

1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

avanço, uma vez que nos termos do Código Civil de 1916 só era possível em certas hipóteses como: se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; e se existisse escrito daquele a quem se atribuiu a paternidade reconhecendo-a expressamente.

De modo semelhante, ocorreu na ação negatória de paternidade, disposta no artigo 1601, do Código Civil de 2002, que também não impõe condicionante ou qualquer prazo para sua interposição, como era previsto no Código Civil de 1916, que era privativa do marido e sujeitava a prazos prescricionais de 2 (dois) meses, contados do nascimento, se o marido estivesse presente ao nascimento e de 3 (três) meses, se estivesse ausente ou lhe tivesse ocultado o nascimento, contando-se o prazo, do dia de seu retorno ao lar.

No entanto, no que se refere ao reconhecimento da filiação fruto de reprodução assistida heteróloga à questão toma proporções mais abrangentes, o que demanda inúmeros questionamentos. O primeiro dele é saber se pode o marido que autorizou a técnica de reprodução assistida se arrepender, caso percebesse que não seria o melhor modo de se tornar pai?

A resposta a esta questão certamente é não, pois o arrependimento somente pode ser aceito se a técnica eleita ainda não foi realizada, uma vez concluída deverá assumir a paternidade do filho que sabidamente não tinha seu sangue, como bem assevera Zeno Veloso:

“seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente. Na verdade, o pai real é o doador do sêmen, em geral um personagem que fica no

2.- No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que não estaria caracterizada a adoção à brasileira. Nessa medida, as razões recursais, porque ancoradas nessa premissa fática, esbarram na Súmula 7/STJ.

3.- O artigo 18 do ECA trata apenas do direito que todos e o adotado, em especial, temos de conhecer a nossa origem biológica. Não traz qualquer disciplina a respeito de direitos correlatos, como o de alterações no assento de Registro Civil.

4.- O artigo 1.604 do Código Civil não é suficiente para impedir a desconstituição do registro de nascimento porque, na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu a existência de falsidade.

5.- Anote-se, finalmente, que no caso, não se tem uma ação de desconstituição de paternidade promovida por quem, livre e espontaneamente se declarou pai perante o Registro Civil. Não se cuida aqui de hipótese em que a desconstituição do registro floresce como um subproduto indesejável da "fragilidade e fluidez dos relacionamentos entre adultos", na precisa palavra da E. Ministra NANCY ANDRIGHI (REsp 1003628/DF, DJe 10/12/2008). Aqui, é a própria parte quem busca modificar o seu Registro de Nascimento, para nele fazer constar o nome do seu pai biológico.

6.- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. Precedentes.

7.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1231119/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 25/10/2011)

anonimato e que depositou o seu material em um banco de esperma. Mas esta circunstancia é desprezada, para que prevaleçam os valores éticos da paternidade instituída pela reprodução assistida. Permitir que o marido venha depois a se arrepender, rejeitando, sem piedade, e novo ser que, com a sua anuência, foi introduzido na família seria admitir um indecoroso e cruel *venire contra factum proprium*¹⁹.

Ademais, o Código Civil também está pautado na prevalência da verdade socioafetiva em detrimento da verdade biológica, a exemplos dos artigos 1600 e 1602, que embora de modo implícito, assegura ao filho rejeitado a possibilidade de não ter sua paternidade ilidida por não ser filho “legítimo”.

E considerando os casos de reprodução assistida heteróloga aceitar a negatória da paternidade estaria afastando o direito da criança de ter um pai e uma mãe, direito resguardado constitucionalmente.

Maria Helena Diniz, também entende ser impossível o marido voltar atrás se anuiu na inseminação artificial heteróloga, devendo ser o pai legal da criança, salvo se provar que a criança adveio da infidelidade da sua mulher.²⁰

Pois bem! Na seara da reprodução assistida, outra questão diz respeito ao erro médico, adultério e troca de sêmen. Teria o marido direito de negar a paternidade, após ter concordado livremente na reprodução assistida?

Essas indagações, sem dúvida, demandariam análise no caso concreto, pois quando se trata de indícios de erro médico ou conduta maliciosa por parte do outro cônjuge, não poderá ser negado direito ao marido de contestar a paternidade.

Na situação de infidelidade, no mínimo configuraria ofensa ao dever de respeito entre o casal. No erro médico é evidente que o médico deverá ser apenado e responsabilizado pelo erro cometido, e por descumprimento do pactuado com o casal.

Também se faz necessário indagar, se nos casos de negatória da paternidade decorrente de erro médico, como ficaria a situação do filho?

Nessa hipótese, levando em consideração que o afeto é considerado muito mais importante para formação das relações familiares, do que a origem biológica, não há razões suficientes para desconstituir a relação de filiação formada entre a criança nascida e o casal que se submeteu às técnicas reprodutivas.

¹⁹ Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade, p. 151

²⁰ Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5. P. 405

A instituição da filiação socioafetiva também prepondera nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, como bem observou a Ministra Nancy Andrighy no REsp 1000356/SP:

“ (...) ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano (...).”²¹

²¹ Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade

Pergunta-se, ainda, se o doador do material genético poderia ingressar com ação de investigação de paternidade, diante do seu anônimo?

Segundo os termos da atual Resolução do Conselho Nacional de Medicina n. 1957/2010, tanto o doador, como casal que recebeu o material genético não deveriam saber, dessa manipulação, sendo sigiloso todo o procedimento.

Eventualmente, chegando ao conhecimento do doador para quem foi doado seu sêmen, e ter a vontade de reconhecer o filho e até pedir sua guarda, sob argumento do aspecto biológico. A resposta deve ser negativa, pois isso implicaria em ameaçar a segurança das relações familiares.

Na hipótese, de uma mulher doadora de óvulo trata-se uma abdicação conscientemente de sua maternidade, o que equivale a renunciar ao direito de filiação.

Nessa mesma linha de raciocínio, não poderá ser imputado àquele que doou o sêmen uma paternidade em face do filho que conscientemente não anuiu.

E por fim, outra polêmica, relaciona-se com a gestação por substituição, “barriga de aluguel”, quem é a mãe a geratriz ou a geradora? A maternidade nessa situação é da mãe biológica, nos termos da Resolução n° 1957/2010, que tal hipótese só será possível em situações especiais, e desde que por parentes próximo até o 2º Grau, sendo o contrato de gestão nulo, pois não poderá ser objeto de comercialização a gestação de uma criança.

Assim, prepondera sempre a preservação das relações familiares, não sendo possível por simples ação de investigação de paternidade ou negatória de

de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido.

(REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010)

paternidade para ilidi a filiação. Salvo quando pautadas em vícios de vontade, erro, coação, lesão ou fraude, ou houver fundadas suspeitas de que foi enganado, uma vez que não se pode beneficiar o parceiro que agiu de má-fé.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

- A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.

Recurso especial provido.

(REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347)

CAPÍTULO 4. UNIÃO ESTÁVEL, HOMOAFETIVA E A VIABILIDADE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

4.1 UNIÃO ESTÁVEL E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A união estável se encontra regulada nos artigos 1.723 até 1.726, do Código Civil de 2002, considerada como a entidade familiar a união entre homem e a mulher, configurada pela convivência pública, contínua e duradora, com o objetivo de constituição de família.

A união estável não surgiu de qualquer inovação normativa, sempre fez parte da sociedade, tendo em vista que sua existência é fruto da própria mudança das relações familiares e dos vínculos afetivos entre as pessoas. Embora, para alguns a união estável tenha nascido pelos impedimentos legais à regularização do estado de fato em que permaneciam entre aqueles que não podiam se casar, por conta de estarem juridicamente vinculados a um casamento.

Pois bem! O fato é que muitos casais formaram e constituíram suas famílias às margens das previsões legais, porém vistas pelo legislador como irregulares, por não serem oriundas do sagrado matrimônio ou do casamento civil.

A doutrina muito contribuiu para que essas uniões fossem devidamente reguladas.

Diante dos debates que pairavam na sociedade surgiu a figura do concubinato puro e impuro. O primeiro configurado quando não havia impedimento matrimonial entre os concubinos, embora não estivessem ligados por justas núpcias. Enquanto o impuro a união era formada quando havia violação aos impedimentos do matrimônio válido, caracterizado pelo adultério ou pelo incesto.

A trajetória para o reconhecimento legal das uniões sem casamento foi longa e lenta deu-se o primeiro passo com a Súmula nº 35, do Supremo Tribunal Federal, no qual reconheceu os direitos da concubina quanto à indenização por serviços prestados, mas desde que se tratasse de concubinato puro. Tempo depois, o mesmo órgão julgante reconheceu através da Súmula nº 380, o direito a partilha de bens advindos do esforço comum. Mas, é com a Constituição Federal de 1988 que a união estável passou a ser reconhecida como forma de constituição regular da família, cujos efeitos foram regulados pela Lei nº 8.971, de 29-12-1994, relativo aos direitos sucessórios e o direito a alimentos entre os companheiros, bem como pela Lei nº 9.278, de 10-5-1996, que efetivamente regulou a previsão constitucional da

união estável como entidade familiar, retirando-lhe o prazo previsto na lei anterior para a configuração.

Nesse mesmo sentido, perfilham as decisões dos Tribunais Superiores, conforme o julgamento proferido pela Quarta Turma do STJ, no Resp n. 1006476/PB, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão da Quarta Turma, em 04/10/2011, cuja ementa segue anexa:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO. APRECIÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR. COMPETÊNCIA PARA JULGAR MATÉRIA RELATIVA À UNIÃO ESTÁVEL. VARA DE FAMÍLIA.

1. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal estabelece que a família se constitui também pelas uniões estáveis, por isso não cabe a controvérsia sobre se a matéria relativa ao concubinato é de direito de família ou meramente obrigacional.

2. É competente o juízo de família para apreciar a demanda em que a autora pretende o reconhecimento de união estável.

3. O artigo 9º da Lei 9.278/96 explicitou que toda "a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família", aplicando-se ao caso a regra contida na parte final do art. 87, CPC.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1006476/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 04/11/2011)

No tocante à natureza jurídica a união estável trata-se de um contrato não solene, pois inexiste na lei forma prescrita, com os seguintes elementos caracterizadores: diversidade de sexo, inexistência para o casamento, coabitação, lealdade entre o casal, período estável, continua e duradouro de convivência, publicidade e vontade de viver com outra pessoa como se casado fosse com ela.

Ademais, entre os companheiros ou conviventes a relação é pautada na lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento educação dos filhos. E segundo o artigo 1725 da lei civil dispõe que o regime de bens será no que couber no que se refere à comunhão parcial, permitindo-se aos companheiros estipularem de forma diversa através de contrato escrito.

Partindo desses aspectos iniciais sobre a união estável, a questão que é saber se a reprodução assistida poderia ser aplicada para o homem e a mulher não casado, pois a lei expressamente menciona que as presunções de paternidade para pessoas casadas.

Segundo, a doutrina majoritária não se vislumbra nenhum impedimento para que os conviventes venha a ter sua prole através dos métodos de inseminação artificial, mesmo porque a relação de filiação se desvincula do estado civil dos genitores. Logo, vale as disposições previstas no artigo 1597, incisos III a V, do Código Civil. Acrescente-se, o fato de que a Resolução do Conselho de Medicina

nº1957/2010, ao se reportar quanto a necessidade de aprovação para a inseminação refere-se ao cônjuge ou companheiro.

Paulo Lôbo, antes na redação da resolução mencionada, já considerava que o termo “constância do casamento”, a presunção de filiação aplica-se integralmente à união estável, devendo ser entendida como abrangente da convivência em união estável.²²

Portanto, não se verifica qualquer limite para que a reprodução assistida possa ser efetivada pelos casais que viviam apenas em união estável, sendo regulada na mesma forma para os casais que vivam em matrimônio.

4.2. UNIÃO HOMOAFETIVA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As relações de afetividade entre as pessoas do mesmo sexo ainda não possui amparo legal na legislação brasileira, embora também seja um fato social, como a união estável heterossexual.

A união entre pessoas do mesmo sexo, usualmente chamada de homoafetiva, expressão criada por Maria Berenice Dias, desde o ano de 2000,²³ é norteada, principalmente, pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, positivado em nosso ordenamento jurídico, o qual ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele serem imputados pela sociedade.

Ademais, como corolário desse princípio, a Constituição Federal de 1988 também outorga, em seu art. 5º, I, a isonomia legal entre homens e mulheres. Isso significa que a lei não pode instituir tratamento desigual entre pessoas que se encontrem em mesma situação fática e ou jurídica.²⁴

²² Paulo Lôbo, *Direito Civil, Famílias*, 2 ed., ed. São Paulo: Saraiva, p. 205

²³ *União Homossexual :O Preconceito & a Justiça*, Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado; 2006, p. 68;

²⁴ CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

Embora, não haja dispositivo legal sobre a matéria, a doutrina majoritária e a jurisprudência, inclusive, do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgado proferido em 05 de maio de 2011, Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, por onze votos a zero decidiram equiparar as relações entre pessoas no mesmo sexo à união estável entre homem e mulher, considerando quarto modelo de família, além de reconhecer os direitos dos casais homoafetivos (LGBT).

Com isso, o Supremo Tribunal Federal atravessou as barreiras do preceito, como bem pontuou o Ministro Carlos Ayres Brito no voto: “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”.

Por sua vez, a V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o entendimento do reconhecimento da união estável homoafetiva, aprovou os seguintes enunciados:

As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.

É possível a convenção de união estável entre pessoa do mesmo sexo em casamento, observado os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.

Igualmente, deve ser mencionado que nos termos da Instrução Normativa n.º 25, do INSS, desde 07 de Junho de 2000, foi disciplinada a questão, com base na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, nela restou assegurado no art. 2.º a equiparação entre as uniões homossexuais e heterossexuais, regulando ambas pelo mesmo dispositivo normativo. E há diversos Projetos de Lei objetivando regular a matéria, inclusive o que trata sobre o Estatuto das Famílias.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011)

No Direito Previdenciário é deferido o direito de pensão por morte em virtude do falecimento do companheiro, sendo esse direito presumido, conforme o Resp. 1026981, julgado em 04.02.2010, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.²⁵

²⁵ Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- "A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social" de modo que "os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de

No que tange à adoção por casais homossexuais, igualmente já foi decidida nos Tribunais Superiores, na Quarta Turma do STJ, no REsp 889.852/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010, nos termos que segue:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL.SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.IMPREScindIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES.RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadíssimos estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a

previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes".

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque "a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares".

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido.

(REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010)

qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressão previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010).

No direito estrangeiro alguns países já disciplinaram a matéria, como serão mencionados na seguir:

- Na Espanha, o governo de José Luis Rodríguez Zapatero legalizou, em julho de 2005, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo a possibilidade da adoção.

- No Canadá, a lei sobre o casamento de casais homossexuais e o direito a adotar entrou em vigor em julho de 2005.

- A partir de novembro de 2006, a África do Sul se tornou o primeiro país do continente africano a legalizar a união entre duas pessoas do mesmo sexo através do "casamento" ou da "união civil".

- A Noruega, desde 1993 os homossexuais já tinham o direito de celebrar união civil, em janeiro de 2009 igualou os casais homossexuais e os heterossexuais, para adoção de crianças quanto para a possibilidade de beneficiar-se de fertilização assistida.

- A Suécia em 1995 autorizou os casais homoafetivos a se unirem por união civil e, estendendo em maio de 2009 o direito de adoção, com a permissão para se casassem no civil e no religioso.

- Em Portugal, em junho de 2010 houve a modificação da definição de casamento, suprimindo a referencia a “de sexo diferente”. Não permitindo o direito à adoção; e

Nos Estados Unidos, cinco estados autorizaram o casamento gay: Iowa, Connecticut, Massachusetts, Vermont e New Hampshire, bem como a capital, Washington, enquanto no México só está habilitado no distrito federal.

Assim, após essas breves noções da evolução dos direitos de casais homoafetivos, levando em conta o estudo do presente trabalho, não se pode deixar de questionar se casais homossexuais poderiam utilizar a técnica de reprodução assistida para ter filhos.

Para Maria Berenice Dias a utilização da reprodução assistida, assim como a adoção pode ser deferida apenas uma pessoa, de igual modo deve ser a fecundação em laboratório também permite que só uma pessoa realize o sonho de constituir uma família, conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina toda mulher capaz pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida. Na sua visão não existe nenhuma restrição basta ser maior e capaz, para o uso das técnicas de reprodução. Ela relata os seguintes julgados:

“em dezembro de 2008 a justiça gaúcha autorizou o registro dos filhos em nome das suas mães que haviam se socorrido da reprodução in vitro. A justiça paulista indeferiu o pedido de dupla maternidade ainda que uma das parcelas tenha gestado os óvulos da outra que foram fertilizados em laboratórios. Nasceram gêmeos, filhos gestacionais de uma das mães biológicos da outra. Em face da negativa do registro, não foi estabelecido o vínculo o vínculo parental com a genitora que forneceu os óvulos. Apesar da identidade genética, o registro foi procedido somente por quem deu à luz. Às claras que a negativa acabou impondo uma solução às avessas, pois a gestação, por substituição não configura a vínculo conjugal.” Berenice os conclui que os fundamentos para negar o pedido só tem um nome: preconceito.²⁶

²⁶ Maria Berenice Dias, *filiação homoparental e a reprodução assistida*, [HTTP.www.ambitojuririco.com.br](http://www.ambitojuririco.com.br), acessado em 09.01.2012.

Do exposto, conclui-se que a evolução do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, embora ainda não seja a ampla maioria possibilita a viabilidade de terem filhos através dos métodos de inseminação artificial, sobretudo diante do direito constitucional, que não permite qualquer tipo de discriminação ou preconceito entre homem e mulher, quer formem suas família baseado em uniões com pessoa do sexo diferente ou igual.

CAPÍTULO 5. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

5.1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito das sucessões, que disciplinam as normas atinentes a transmissão dos bens de pessoas falecidas, encontram-se previstas no último livro do Código Civil de 2002, bem como constitui direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXX, da Constituição Federal, relativo aos direitos e garantias individuais.

A partir da morte do autor da herança surge a necessidade de se saber quem irá herdar seus bens, uma vez que o acervo hereditário do *de cuius* não poderá ficar sem titular para assumir os direitos e obrigações. razão pela qual diz-se que aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros, conforme previsto no artigo 1784, do Código Civil. O que implica dizer que no ordenamento jurídico brasileiro adotou-se o princípio da *saisine*, previsto no direito Francês.

Cumprir anotar que, a lei considera a aberta a sucessão no momento da morte do *de cuius*, o que implica na transferência automaticamente *ipso jure* aos herdeiros da propriedade e a posse dos bens herdados. Em outras palavras, os direitos e as obrigações do falecido serão transmitidos de forma imediata aos herdeiros para que as relações jurídicas do *de cuius* não fiquem sem um titular, mesmo que temporariamente, segundo o artigo 1784 do Código Civil.

Com isso, não requer a abertura de inventário, que é mera formalidade, bem assim sentença homologatória de partilha, cujo caráter é tão somente declaratório.

Então, com a abertura da sucessão são chamando todos os herdeiros, na ordem prevista em lei no artigo 1829 do Código Civil²⁷, os filhos serão os primeiros a suceder, na condição de herdeiros necessários, recebendo, como regra geral, ao menos o que a lei denomina de legítima²⁸.

²⁷ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); 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.

²⁸ Direito civil. Sucessões. Usufruto vidual. Exclusão testamentária. Prevalência.

- O art. 1.574 do CC/16, estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos.

Ademais, antes de formalizada a partilha todos os herdeiros são titulares da herança como um todo, uma vez que se trata de bem indivisível, regrado na forma de condomínio entre os herdeiros.

A lei civil brasileira regula duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária, sendo possível coexistir as duas modalidades, como ocorre nas hipóteses de testamento que não se contemple todos os bens, assim os bens não previstos no ato de disposição de última vontade ficarão sujeitos às normas da sucessão legítima.

A sucessão legítima ou *ab intestato* (sem testamento) ocorre quando a herança é deferida aos herdeiros indicados pela lei, na forma da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, do Código Civil. Ela é realizada na maior parte dos casos, principalmente, por não ser um costume entre os brasileiros pensar na destinação de seus bens para depois de sua morte.

Caberá, ainda a sucessão legítima nas hipóteses de testamento nulo ou caduco, sendo, exclusivamente, na forma da lei. A ordem de vocação hereditária pode ser de duas formas: por direito próprio ou cabeça e por representação ou estirpe.²⁹ A primeira ocorre quando todos estiverem no mesmo grau, e neste caso, a

- Se houver disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, prepondera a última vontade transmitida pelo testador, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/16.

- O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano.

- Se, ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento público, silencia o testador a respeito do cônjuge que a ele sobreviver, opera-se a exclusão deste, conforme disposto no art. 1.725 do CC/16, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, que não deve ter guarida na hipótese; sobrepõe-se, dessa forma, a vontade explícita do testador em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a referida disposição testamentária.

Recurso especial provido.

(REsp 802.372/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 10/12/2008)

²⁹RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. EXCLUSÃO DE COLATERAL. SOBRINHA-NETA.EXISTÊNCIA DE OUTROS HERDEIROS COLATERAIS DE GRAU MAIS PRÓXIMO.HERANÇA POR REPRESENTAÇÃO DE SOBRINHO PRÉ-MORTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. No direito das sucessões brasileiro, vigora a regra segundo a qual o herdeiro mais próximo exclui o mais remoto.

2. Admitem-se, contudo, duas exceções relativas aos parentes colaterais: a) o direito de representação dos filhos do irmão pré-morto do de cujus; e b) na ausência de colaterais de segundo grau, os sobrinhos preferem aos tios, mas ambos herdam por cabeça.

3. O direito de representação, na sucessão colateral, por expressa disposição legal, está limitado aos filhos dos irmãos.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1064363/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 20/10/2011)

Direito Civil e Processual Civil. Sucessões. Recurso especial. Arrolamento de bens. Testamento feito sob a vigência do CC/16.Cláusulas restritivas apostas à legítima. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02 para declarar a justa

herança é dividida entre eles em partes iguais. E a segunda se verifica quando o herdeiro de grau inferior é chamado à sucessão concorrendo com herdeiros de grau superior. Neste caso, o representante herdará aquilo que o representado herdaria se vivo fosse. Além do mais, o direito de representação, na sucessão colateral, por expressa disposição legal, está limitado aos filhos dos irmãos.

Por sua vez a sucessão testamentária, é um ato de última vontade deixado pelo autor da herança, embora sejam ínfimos os testamentos, também foi objeto de preocupação do legislador civil, na medida que, preserva a liberdade do proprietário para dispor de seus bens para após sua morte.

Ressaltando, contudo, que havendo os denominados herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge)³⁰ o princípio da liberdade de testar restará limitado, tendo em vista que a lei dispõe que o testador só poderá dispor da metade da herança, regra prevista no artigo 1789 do Código Civil.

Portanto, a regra é a liberdade de dispor de todos os bens, sendo apenas imposta restrição quando presente herdeiros necessários. Aliás, por constituir a

causa da restrição imposta. Abertura da sucessão antes de findo o prazo. Subsistência do gravame. Questão processual. Fundamento do acórdão não impugnado.

- Conforme dicção do art. 2.042 c/c o caput do art. 1.848 do CC/02, deve o testador declarar no testamento a justa causa da cláusula restritiva aposta à legítima, no prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/02; na hipótese de o testamento ter sido feito sob a vigência do CC/16 e aberta a sucessão no referido prazo, e não tendo até então o testador justificado, não subsistirá a restrição.

- Ao testador são asseguradas medidas conservativas para salvaguardar a legítima dos herdeiros necessários, sendo que na interpretação das cláusulas testamentárias deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato, àquela que o reduz à insubsistência; por isso, deve-se interpretar o testamento, de preferência, em toda a sua plenitude, desvendando a vontade do testador, libertando-o da prisão das palavras, para atender sempre a sua real intenção.

- Contudo, a presente lide não cobra juízo interpretativo para desvendar a intenção da testadora; o julgamento é objetivo, seja concernente à época em que dispôs da sua herança, seja relativo ao momento em que deveria aditar o testamento, isto porque veio à óbito ainda dentro do prazo legal para cumprir a determinação legal do art. 2.042 do CC/02, o que não ocorreu, e, por isso, não há como esquadriñar a sua intenção nos 3 meses que remanesciam para cumprir a dicção legal.

- Não houve descompasso, tampouco descumprimento, por parte da testadora, com o art. 2.042 do CC/02, conjugado com o art. 1.848 do mesmo Código, isto porque foi colhida por fato jurídico – morte – que lhe impediu de cumprir imposição legal, que só a ela cabia, em prazo que ainda não se findara.

- O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano.

- A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado, quando suficiente para a manutenção de suas conclusões em questão processual, impede a apreciação do recurso especial no particular.

Recurso especial provido.

(REsp 1049354/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 08/09/2009)

³⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

vontade do testador, havendo testamento válido, independentemente da forma, este prevalece sobre a disposição da lei.³¹

Uma terceira forma de sucessão denominada contratual ou *pactícia* ou “*pacta corvina*” não é admitida no ordenamento brasileiro, por disposição expressa do art. 426 do CC, que proíbe o contrato sobre herança de pessoa viva.

No tocante a legitimidade para suceder deve ser averiguado a capacidade sucessória, sendo importante conhecer o momento da morte do sucedido, pois será nesse instante que a sucessão e a transmissão da herança se operam.

O artigo. 1.798 do Código Civil atribui, como regra geral, a legitimidade para suceder às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, e que se aplica tanto para sucessão legítima, como para testamentária. Ou seja, faz-se mister a coexistência entre a morte do sucedido e a vida do sucessor para que seja capaz de suceder, excetuando-se o nascituro, cujo direito fica suspenso e condicionado ao nascimento com vida, bem como da prole eventual.

Quanto à sucessão testamentaria, o legislador no artigo 1799³², estabeleceu um rol mais amplo de legitimados.

Assim, estas notas são apenas para pontuar como o direito civil brasileiro dispôs sobre a legitimidade e capacidade daqueles que serão chamados a ser suceder no patrimônio de outro após sua morte.

5. 2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS DESCEDENTES

³¹ DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. CONFLITO DE NORMAS. PRIMAZIA DA VONTADE DO TESTADOR.

I - Nos termos do artigo 1.750 do Código Civil de 1916 (a que corresponde o art. 1793 do Cód. Civil de 2002) "Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador".

II - No caso concreto, o novo herdeiro, que sobreveio, por adoção post mortem, já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo. A pretendida incidência absoluta do art. 1750 do Cód Civil de 1916 em vez de preservar a vontade esclarecida do testador, implicaria a sua frustração.

III - A aplicação do texto da lei não deve violar a razão de ser da norma jurídica que encerra, mas é de se recusar, no caso concreto, a incidência absoluta do dispositivo legal, a fim de se preservar a mens legis que justamente inspirou a sua criação.

IV - Recurso Especial não conhecido.

(REsp 985.093/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 24/09/2010)

³² Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador na forma de fundação.

A Constituição Federal consagrou no seu art. 227, § 6, o princípio da igualdade em relação aos filhos independentemente da natureza da filiação (se natural, por adoção ou por técnicas de reprodução assistida) na constância ou não do casamento, conforme já expresso em diversos momentos do presente trabalho. Referido preceito revela nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, também na seara do direito sucessório.

No que se refere à sucessão dos descendentes, essa regra constitucional representou um grande avanço legislativo, pois retirou toda e qualquer discriminação entre os filhos.

Entretanto, a única questão que se indaga é se há algum tratamento diferenciado em relação ao sucessor nascido quando em vida do autor da herança e o descendente *post mortem*, uma vez que o Código Civil exige a existência de herdeiro (ou ao menos já concebido no momento da abertura da sucessão).

Para Mario Delgado poder-se-ia defender que essa diferenciação é perfeitamente constitucional, porque leva em consideração o fato de “existir” ou de “não existir”, a discriminação não seria em relação aos filhos nominados de ilegítimos, naturais, adulterinos, incestuosos, etc, há muito banido, mas refere-se à própria existência ou não de um ser legitimado a suceder (nascituro).³³

De qualquer forma, a lei protege o filho nascido *post mortem*, mesmo que não possua a qualidade de sucessor, será considerado filho igualmente como todos os nascidos quando em vida o *de cujus*, inclusive, em face dos direitos dos filhos o tratamento igualitário e não-discriminatório. Somente poderia falar em violação ao princípio da igualdade se uma lei viesse a desigualar os direitos sucessórios entre os filhos concebidos naturalmente daqueles advindos de técnicas de reprodução assistida, como de fato não ocorre.

5.3 OS SUCESSORES *POST MORTEM*

As técnicas de reprodução assistida, quando realizadas durante a vida dos doadores dos gametas, não apresentam maiores dificuldades para a análise de suas

³³ DELGADO, Mario Luiz. Os Direitos Sucessórios do Filho Havido por Procriação Assistida, Implantado no Útero após a Morte do Pai. Revista Jurídica Consulex. Ano VII, n. 188, de 15 de novembro de 2004, p. 45.

consequências na seara jurídica, principalmente, no que tange à inseminação homóloga já que são utilizados material genético do próprio casal.

As polêmicas se acedem quando se cuidam de inseminação heteróloga por conta de eventuais direitos de terceiros que participa na produção do filho inseminado do casal.

As discussões no campo do direito sucessório que se depreende quando a concepção é realizada *post mortem*, no latim significa depois da morte.

Desde já, deve ser salientado, que por ser um tema que demanda múltiplas áreas e inúmeras discussões será tratado de forma breve e pontual, visto que demandaria um outro trabalho para o estudo mais aprofundado das questões.

Assim, a análise se deterá na pertinência das seguintes perguntas: qual a condição do embrião pré-implantado? Como se regulam os direitos sucessórios nos casos de fertilização homóloga e heteróloga *post mortem*?

No tocante à primeira pergunta, não há na lei civil a definição do momento que se considera embrião, o que vem dos conceitos da medicina. A Resolução n. 1957/2010, do Conselho Federal de Medicina, por exemplo, procurou distinguir embrião do pré-embrião, considerando este o que foi desenvolvido até 14 dias após a fecundação, a partir desse tempo tem-se propriamente o embrião, ou a vida humana. Tal distinção é aceita em por vários países estrangeiros, especialmente na Europa.

Giselda Hironaka, pontua ao se manifestar sobre a capacidade à sucessão do embrião pré-implantatório, que a questão se porta com certa tranquilidade, pois a doutrina tem mostrado que o conceito tradicional de nascituro ampliou-se para além dos limites concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). O embrião seria um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro, ainda que não implantado, estará concebido, e desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, nos termos do artigo 1798 do Código Civil.³⁴

Passe-se a segunda indagação: Como se regulam os direitos sucessórios nos casos de fertilização homóloga e heteróloga *post mortem*?

³⁴ Revista Jurídica, ano 57, janeiro de 2009 n° 375, p. 57;

Bem! os direitos dos filhos sobrevivendo após a morte do genitor desde o tempo das Ordenações Filipinas já foi objeto de regulação, prevista no artigo 5º, Título LXXXII, do 4º Livro, nos seguintes termos:

Outrosi, se o pai ou mai, ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte, do pai ou mai, assi o testamento com os legados nelle contudo são nehuns e de nenhum virgor

Com isso, demonstra que a idéia do descobrimento de um filho depois da morte do pai desde a muito tempo é objeto de tutela do direito.

Por seu turno, no que se refere aos direitos daqueles que ainda não havia nascido, somente se mencionava o direito do nascituro, aquele já concebido, não nascido, isto é, o que já se encontrava no ventre materno.

Segundo os Tribunais a garantia da dignidade da pessoa humana começa na vida intra-uterina, desde a concepção, conforme segue abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.

1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

(REsp 1120676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011)

Hoje, com a evolução da medicina o embrião pode encontra-se não apenas no ventre da mãe, mas num laboratório, em uma proveta, Mais do que isso, pode mesmo existir apenas o sêmen congelado. Com isso, não se pode deixar de olhar que as técnicas de inseminação estão sendo cada vez mais buscadas como prevenção da esterelidade de homem que precisam submeter a tratamento de neoplasias, por ser um dos efeitos indiretos provocados da quimioterapia, da radioterapia ou da orquiectomia.

O Código Civil de 2002, ainda que timidamente, mesmo sem tratar a questão com maior profundidade, no artigo 1597, incisos III a V, inseriu as técnicas reprodução assistida, quando realizadas durante o casamento, como forma de

presunção de paternidade, fixando o reconhecimento de filiação entre o casal e filho nascido da inseminação.

José Roberto Moreira Filho ao tratar da questão no direito comparado,³⁵ noticia que há países que expressamente proibem a sucessão decorrente da efetivação da inseminação *post mortem*, como a Alemanha e a Espanha.

No direito brasileiro a simples condição de filho, inseminado *post mortem*, é incontestável em face do disposto no inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, estando, pois, na primeira categoria a ser chamada a suceder na ordem de vocação hereditária.

Todavia, a capacidade sucessória é determinada pela existência com vida (ou ao menos a concepção) no momento da abertura da sucessão, e o mero estado de filho, a ser reconhecido em qualquer situação, não implica no direito absoluto e inafastável à sucessão do pai. Fosse assim, não poderia o filho ser excluído da sucessão ou deserdado, nas situações previstas na lei.

Disso resulta, num primeiro momento que o inseminado *post mortem* não possuiria direito nenhum relativo à sucessão, pois o ordenamento jurídico brasileiro atribui a capacidade sucessória somente apenas àqueles que tinham sido concebidos no momento da morte do autor da herança.

Alguns doutrinadores resolvem essa questão, argumentando que o inseminado herdaria por sucessão testamentaria, já que o art. 1.799, inciso I, do Código Civil possibilita a disposição pelo testador de prole eventual³⁶, conforme se depreende do referido dispositivo:

³⁵ □ MOREIRA FILHO, Jose Roberto. Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida – Bioética e Biodireito. p. 11-12.

³⁶DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A análise da vontade do testador e o contexto em que inserida a expressão "filhos legítimos" na cédula testamentária vincula-se, na espécie, à situação de fato descrita nas instâncias ordinárias, cujo reexame nesta instância especial demandaria a interpretação de cláusula e a reapreciação do conjunto probatório dos autos, sabidamente vedados, a teor dos verbetes sumulares 5 e 7/STJ. Não se trata, no caso, de escolher entre a aceção técnico-jurídica e a comum de "filhos legítimos", mas de aprofundar-se no encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, as condições familiares e sobretudo a fase de vida de seu neto, para dessas circunstâncias extrair o adequado sentido dos termos expressos no testamento.

II - A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva.

III - Sem terem as instâncias ordinárias abordado os temas da capacidade para suceder e da retroatividade da lei, carece o recurso especial do prequestionamento em relação à alegada ofensa aos arts. 1.572 e 1.577 do Código Civil.

IV - O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar violação de norma constitucional, missão reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador,
desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.
(...)

Na posição de Giselda Hironaka quando cuida a questão sucessória da pessoa que sequer foi concebida *post mortem* argumenta, que supondo que tenha havido autorização e os demais requisitos tenham sido observados, opera-se o vínculo parental de filiação, com todas as conseqüentes daí resultantes, inclusive, os sucessórios.³⁷

Ana Claudia Silva Scalquette³⁸ defende em sua tese de doutorado, que, para que lhe seja garantida a participação na herança, além da manifestação expressa da vontade daquele que deixou seu material genético criopreservado, a implantação deve ocorrer em até três anos contado da abertura da sucessão. Já fecundação heteróloga os direitos patrimoniais são todos garantidos aos filhos que sejam concebidos por fecundação heteróloga, desde que nascido durante a vida de seus genitores, com a prévia e devida autorização destes. Para ela o filho concebido da fecundação heteróloga, nascido *post mortem*, terá os mesmos problemas sucessórios para os filhos havidos de fecundação homóloga, nessa situação, agravados pelo fato de que para os filhos resultantes da fecundação heteróloga não há presunção de filiação se o nascimento ocorrer *post mortem* o que impediria também a atribuição de direitos pessoa.

Giselda Hirona, pautada nas idéias de Silmara Juny de Abreu Chinelato, a qual defende que o embrião pré-impantatório poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Assim, herdará legitimamente se se tratar de fertilização homóloga, bem como poderá herdar testamentariamente, nos termos do artigo 1799 do Código Civil, se se tratar de fertilização heteróloga.

(REsp 203.137/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 12/08/2002, p. 214)

³⁷ Op cit pp. 58/59

³⁸ Estatuto da Reprodução Assistida, tese de doutorado defendida em 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, - São Paulo pp. 313/314.

Assim, diante da ausência da norma disciplinadora dos direitos sucessórios percebe que a solução coube aos doutrinadores e estudiosos do direito resolvê-la. E numa visão ampla, humanitária e sem preconceito, com foco voltado para a constituição familiar baseada no afeto, igualdade entre todos os filhos, e levando em conta o critério da razoabilidade, permite-se ao inseminado o direito de herdar como se nascido fosse ao tempo da morte daquele que sucederá.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar todo o tema, tencionou-se discorrer sobre algumas das muitas questões que pautam a reprodução assistida, introduzida no Código Civil de 2002, e diante da sua complexidade demandam por um tratamento legal amplo, o que instigou a fazer o estudo no campo doutrinário e jurisprudencial com maior acuidade.

Assim, segue as seguintes conclusões:

Hoje os laços de parentesco têm peculiaridades próprias, e no núcleo familiar o que prepondera são os laços afetivos.

A reprodução assistida representou um grande avanço jurídico no aspecto da filiação, tendo em vista que o legislador não fechou os olhos para evolução da medicina no que se refere à reprodução humana, permitindo aos casais que instituem sua prole com material genético próprio ou de terceiro.

Para utilização de embriões excedentários e a fecundação artificial heteróloga a única exigência legal é o consentimento do marido.

É necessário para ser presumida a paternidade do marido falecido que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida esteja ainda na condição de viúva, e o marido em vida tenha autorizado por escrito a utilização de seu material genético para após sua morte.

Nos casos de reprodução assistida as questões de presunções como a de que *mater semper cert est e pater is est quem justae nuptie demonstrant*, restam relativizadas.

Toda pessoa tem direito a conhecer sua origem biológica, decorrente do próprio direito da personalidade, logo prevalece o princípio da identidade genética ao invés do direito de sigilo do doador do sêmen.

Não será possível o marido revogar sua autorização após o consentir na inseminação, salvo se provar que a criança adveio da infidelidade da sua mulher, erro médico ou troca de sêmen.

Quando houver erro médico, este deverá ser apenado e responsabilizado pelo erro cometido, e por descumprimento do pactuado com o casal.

Em caso de erro médico a situação do filho, fruto da reprodução assistida, não será modificada, uma vez que nas relações familiares prepondera o afeto formado entre a criança e o casal que se submeteu a inseminação.

O doador do material genético não poderá ingressar com ação de investigação de paternidade, pois a Resolução do Conselho Nacional de Medicina n. 1957/2010, tanto o doador, como casal que recebeu o material genético submetem ao procedimento sigiloso. Ademais, nas relações familiares os laços socioafetivos prepondera diante do aspecto meramente biológico.

O doador não poderá ingressar com ação de reconhecimento do filho ou pedir sua guarda, pois isso implicaria em ameaçar a segurança e estabilidade das relações familiares.

Na gestação por substituição, “barriga de aluguel” a mãe é a biológica, nos termos da Resolução n° 1957/2010. Tal gestação somente é permitida em situações especiais, e desde que por parentes próximo até o 2º Grau, sendo o contrato de gestação nulo.

Não pode ser objeto de comercialização a gestação de uma criança.

Poderá ser utilizada a técnica de reprodução assistida tanto na união estável entre homem e mulher, pois a própria Resolução n. 1957/2010 refere-se expressamente a condição de cônjuge ou companheiro, como para a união homoafetiva, conforme os entendimento doutrinário, jurisprudencial, inclusive, diante da manifestação de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, além dos principais constitucionais sobre o reconhecimento de tais uniões

E por fim, a inseminação *post mortem* e os direitos sucessórios quando realizadas durante a vida dos doadores dos gametas, não apresentam maiores dificuldades para a análise de suas consequências na seara jurídica, principalmente, no que tange à inseminação homóloga, já que são utilizados material genético do próprio casal.

As polêmicas se acedem quando se cuidam de inseminação heteróloga, por conta de eventuais direitos de terceiros que participa na produção do filho inseminado do casal. Embora as posições sejam diversas por parte dos doutrinadores, diante da ausência da norma disciplinadora dos direitos sucessórios, coube-lhes resolvê-la. Numa visão ampla, humanitária, e sem preconceito, com foco voltado para a constituição familiar baseada no afeto e na igualdade entre os filhos,

e levando em conta o critério de razoabilidade permite-se ao inseminado o direito de herdar como se nascido fosse ao tempo da morte daquele que sucederá.

Diante dessas conclusões não se pode negar que a reprodução assistida mostra-se de grande importância para o direito de família, sobretudo, por confirmar que o direito dialoga com outras áreas das ciências, e não poderia deixar de confirmar que a formação da vida humana pode ser dentro ou fora do ventre materno, e em nada muda na garantia e respeito da família e dos laços de filiação.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família de Fato*. 4.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação: em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro* m Rio de Janeiro, Renovar, 1993;

BORGHI, Hélio. *União Estável e Casamento*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000;

CAHALI, Francisco Jose, *Contrato de Convivência: na união estável*. São Paulo – Saraiva, 2002.

DELGADO, Mario Luiz, *Os Direitos Sucessórios do Filho Havido Por Procriação Assistida, Implantado no Útero após a Morte do seu Pai*. São Paulo: Revista Jurídica Consulex, ano VII, n. 188, de 15.11.2004, p. 5

DIAS, Rodrigo Bernardo, *Privacidade Genética*. São Paulo: SRS Editora.

DIAS, Maria Berenice, *Manual do Direito das Famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

-----*União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

-----*Filiação homoparental e a reprodução assistida*, [HTTP> WWW.ambitojuridico.com.br](http://WWW.ambitojuridico.com.br), acessado em 09.01.2012;

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 5

----- *Curso de Direito Civil*. Direito das Sucessões, 23^a, ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 5

Fertividro Centro de Reprodução Humana, *Guia da paciente*, p. 10

FUGITA, Jorge Shiguemitsu, *Filiação*, São Paulo: Atlas, 2009.

----- *Curso de Direito Civil – Direito de Família. 2ª ed.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003,

GAGLIANO, Pablo Stolze, RODOLFO FILHO Pamplona, *Novo Curso de Direito civil – As Famílias em Perspectiva Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. VI.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, *O Companherismo, uma espécie de família*, 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7º.

----- *Direito Civil Brasileiro - Direito de Família. 7º. ed.*, São Paulo: Saraiva: 2010, v. 6.

JORGE, Alberto Gosson Junior, *A liberdade tem de ser plena*, Tribunal de Direito, ano 16, nº 186, outubro de 2010, p. 3.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes, *Família e casamento em evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: n. 1 abr/maio 1999;

-----, *As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista Jurídica, ano nº 57 – Janeiro de 2009 nº 375, p. 57.

----- *Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências*, Palestra Proferida em 29 de março de 2008, no Congresso “ O Direito no Século XXI: novos desafios”, Hotel Gloria – Rio de Janeiro.

LÔBO, Paulo, *Direito Civil - Família*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan, *Questões pertinentes à investigação e à negação da paternidade*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: n. 11

MADALENO, Rolf. *A coisa julgada na investigação de paternidade.* : In Grandes temas da atualidade de DNA, Eduardo de Oliveira Leite (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2000;

----- *Repensando o Direito de Família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família.* 39.ed. atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva: 2009. v.2.

NERY JR Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante comentados,* São Paulo, Revista dos Tribunais

OLIVEIRA, Euclides, *União Estável, do concubinato ao casamento, antes e depois do novo Código Civil,* 6ª ed. São Paulo, Método, 2003;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Principais fundamentais Norteadores do Direito de Família,* Belo Horizonte, Del Rey ,

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil - Direito de Família.* 28º.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6

SANTOS, Natália Batistuci, NUNES, Lydia Neves Barros Telles, *Os Reflexos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida Heterológa e Post Morte.* RIPE, Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos, Bauru, n. 41, n. 48 p. 253-278, jul/dez 2007.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva, *Estatuto da Reprodução Assistida,* Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação, *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como parte a obtenção do Título de Doutor. São Paulo, 2009;

SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais.* Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 1996.

SILVA, Reinaldo Pereira, *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos.* São Paulo: LTR, 2003.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil.5ª. ed* São Paulo: Método, 2009. v. 5

VELOSO, Zeno, *Direito Brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo, Malheiros, 1997;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. V. 6, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6.

WALTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da União Estável*. Porto Alegre: Síntese, 1999. _____, *Investigação de Paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WALD, Arnaldo, *Direito Civil, Direito das Sucessões*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6

WALD, Arnaldo, *Direito Civil, Direito de Família*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

Sites

WWW.direitohomoafetivo.com.br

WWW.stj.jus.br

WWW.stf.jus.br