



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ESTUDO DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS: AS LIMITAÇÕES E OS
ASPECTOS RELACIONADOS À SEGURANÇA JURÍDICA**

MATEUS ANTÔNIO DA SILVA

**LAVRAS-MG
2020**

MATEUS ANTÔNIO DA SILVA

**ESTUDO DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS: AS LIMITAÇÕES E OS
ASPECTOS RELACIONADOS À SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador(a): Prof.(a) Me. Aline Hadad
Ladeira

**LAVRAS-MG
2020**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

S586e Silva, Mateus Antônio da.
Estudo das famílias ectogenéticas: as limitações e os aspectos relacionados à segurança jurídica/ Mateus Antônio da Silva. – Lavras: Unilavras, 2020.
79f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras, 2020.
Orientadora: Prof. Me. Aline Hadad Ladeira.

1. Família ectogenética. 2. Reprodução Humana Assistida.
3. Inseminação e fecundação artificial. 4. Sucessão post mortem.
I. Ladeira, Aline Hadad (Orient.). II. Título .

MATEUS ANTÔNIO DA SILVA

**ESTUDO DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS: AS LIMITAÇÕES E OS
ASPECTOS RELACIONADOS À SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADO EM 16/06/2020

ORIENTADOR(A)

Prof.(a) Me. Aline Hadad Ladeira / UNILAVRAS

PRESIDENTE DA BANCA

Prof. Pós. Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

**LAVRAS-MG
2020**

*À Deus.
Ao meu filho, Joseph.
Aos meus pais José Antônio e Valéria.
Aos meus irmãos Gabriel e Elisabete.
À minha avó Maria Aparecida, tia Patrícia e tia avó
Lucília.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por sempre me guiar, à minha família, por ter feito isso ser possível e acontecer. Ainda, sou grato à orientadora Aline Hadad Ladeira, pelo suporte e atenção, e, à professora Mariane Paródia, por me disponibilizar materiais de extrema relevância para a realização do feito.

Ademais, reconheço à universidade pela plataforma digital que foi imprescindível e, também demonstro gratidão à todos que estiveram comigo nessa caminhada, seja diretamente ou indiretamente, incluindo professores(as) e demais funcionários da instituição, vez que, são pessoas boas, humildes e muito profissionais, isto é, competentes.

Muito obrigado.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.”

Hannah Arendt

(1909-1975)

RESUMO

Introdução: Este presente estudo demonstra os resultados de análises sobre a possibilidade ou não da utilização do material genético do *de cujus* e se a futura prole tem legitimidade para suceder, bem como aspectos relacionados à utilização das técnicas de Reprodução Assistida. **Objetivo:** Angariar/obter a maior quantidade de informações sobre a temática (doutrinas, jurisprudências etc), visando encontrar as previsões legais sobre aspectos de extrema relevância, acerca da possibilidade da utilização do material genético *post mortem* na reprodução homóloga, bem como os direitos sucessórios nesta. **Metodologia:** O presente estudo utilizou-se do método analítico, com a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Logo, fundamenta-se nos entendimentos doutrinários nacionais, regulamentação, enunciados, resolução, CRFB/88, CCB/02 e demais ordenamentos jurídicos. **Resultado:** Em análise dos variados ordenamentos infralegais e infraconstitucionais, sobre aspectos relacionados à utilização das técnicas de reprodução assistida, verifica-se que há contradições/lacunas no ordenamento legal que trata da possibilidade da utilização do material genético do *de cujus* e, se a prole, fruto dessa utilização, tem legitimidade para suceder. **Conclusão:** Conclui-se que, no Brasil há somente normas infralegais sobre a questão. Assim sendo, é notório, no próprio CC/02, dispositivo que possivelmente resolverá os possíveis impasses, isto é, o art. 1.800, § 4º do CC/02 (prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que seja utilizado o material genético criopreservado - em teoria, se não utilizado no prazo, os respectivos bens serão repartilhados aos herdeiros legítimos) e o art. 205 do mesmo código (prazo prescricional de 10 anos para impetrar a petição de herança). Dessa forma, destaca-se que, não havendo norma primária específica e abrangedora, os magistrados deverão decidir utilizando da analogia, jurisprudências, aplicação dos princípios e/ou seguir entendimentos doutrinários. Portanto, para haver segurança jurídica, deverá ser respeitado os prazos supracitados.

Palavras-chaves: Família ectogenética; Reprodução Humana Assistida; Inseminação e fecundação artificial; Sucessão *post mortem*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC/CCB	Código Civil de 2002
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho de Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF/CRFB	Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Pág. ou p.	Página
RA	Reprodução Assistida
RHA	Reprodução Humana Assistida
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. REVISÃO DE LITERATURA.....	14
2.1 RESGATE HISTÓRICO DA FAMÍLIA.....	14
2.2 PLURALIDADE DE ARRANJOS FAMILIARES.....	18
2.2.1 Modelos de constituição familiar.....	19
2.2.1.1 <i>Família monoparental.....</i>	19
2.2.1.2 <i>Família homoafetiva.....</i>	19
2.2.1.3 <i>Família poliafetiva.....</i>	20
2.2.1.4 <i>Família matrimonial.....</i>	21
2.2.1.5 <i>Família informal/união estável/convivencial.....</i>	21
2.2.1.6 <i>Família anaparental.....</i>	22
2.2.1.7 <i>Família pluriparental/mosaico/recomposta.....</i>	22
2.2.1.8 <i>Família paralela/simultânea/uniões dúplices.....</i>	23
2.2.1.9 <i>Família eudemonista/contemporânea.....</i>	23
2.2.1.10 <i>Família unipessoal.....</i>	24
2.2.1.11 <i>Família natural e Família extensa ou ampliada - Família Substituta.....</i>	24
2.2.1.12 <i>Família multiparental.....</i>	26
2.2.1.13 <i>Coparentalidade/parentalidade responsável.....</i>	27
2.2.1.14 <i>Família ectogenética.....</i>	27
2.3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA OU REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	29
2.3.1 REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E HOMÓLOGA.....	29
2.3.1.1 Inseminação artificial (homóloga e heteróloga).....	30
2.3.1.1.1 <i>Inseminação artificial (homóloga ou autoinseminação).....</i>	31
2.3.1.1.2 <i>Inseminação artificial (heteróloga).....</i>	31
2.3.1.2 Da fertilização in vitro (homóloga e heteróloga).....	32
2.3.1.2.1 <i>Da fertilização in vitro (homóloga).....</i>	32
2.3.1.2.2 <i>Da fertilização in vitro (heteróloga).....</i>	33
2.3.2 PROVIMENTO 63/17 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	34
2.3.3 A RESOLUÇÃO 2.168/17 – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	35
2.3.3.1 Possibilidades.....	36
2.3.3.2 Protocolos nas Clínicas de RHA.....	37
2.3.3.3. Vantagens da RHA.....	38
2.4. FECUNDAÇÃO POST MORTEM.....	39
2.5. GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO/MATERNIDADE SUBSTITUTIVA OU BARRIGA DE ALUGUEL.....	41
2.6. EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS.....	45
2.6.1. EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS (HOMÓLOGAS –	

POST MORTEM).....	46
2.6.1.1 Os embriões excedentários.....	52
2.6.2. EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS (HETERÓLOGAS)...	56
2.6.3. EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS (GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO).....	59
2.7. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	61
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	65
4. CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

As novas formas de composição familiar são caracterizadas como um fenômeno que surgiu recentemente, em vista dos preceitos externados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, as relações e constituições familiares passaram a ser tratadas neste regimento, possibilitando a diversificação da configuração familiar. A socioafetividade, termo mais moderno, elemento oriundo do afeto, combinado com a oportunidade constitucional, viabilizou a formação de tais novos arranjos. Dentro de tal diversidade existe a figura das famílias ectogenéticas, que caracterizam-se pela geração da prole, mediante às chamadas técnicas de inseminação artificial/reprodução humana assistida (RHA).

As famílias ectogenéticas podem ser formadas de diversas maneiras, i. e., a partir de diversas técnicas de RHA, como, p. ex., , fecundação homóloga (quando utiliza-se do material genético do casal), fecundação heteróloga (utilizando-se de material genético de terceiros, mediante doações) e gravidez por substituição (barriga de aluguel), fazendo-se o uso do útero da mulher parente até o quarto grau (consanguinidade), i. e., ocorre a implantação do embrião em tal órgão. Com isso, percebe-se que, a biotecnologia é um fator imprescindível no tocante a especificidade familiar em questão, pois, tal técnica possibilita (de fato) a formação familiar, e, a CF/88 a possibilita juridicamente, em vista da liberdade dada ao cidadão para com a formação de sua família.

É notório que, a legislação muita das vezes não consegue acompanhar a evolução veloz da sociedade, o que hodiernamente presencia-se no campo em estudo, deixando com isso, de regulamentar detalhes sobre a responsabilização civil dos envolvidos na respectiva inseminação artificial, e é aqui que reside o foco do presente estudo, ou seja, a importância deste, em vista da carência de pesquisas e atitudes do legislativo decorrente à modernidade do tema.

A preterição por parte dos legisladores acaba por gerar danos à sociedade (os envolvidos), pela falta de segurança jurídica presente nas respectivas relações oriundas de tal procedimento gerador da prole. Dessa maneira, os efeitos decorrentes de tal feito, no campo do direito das sucessões e as consequências jurídicas cíveis descendentes dos aspectos procedimentais (protocolos a seguir, limitações, possibilidade de fecundação *post mortem etc*), ficam sem norte, uma vez que, somente há regulamentação específica no provimento nº 63/2017 – Conselho

Nacional de Justiça e na resolução nº 2.168/2017 – Conselho Federal de Medicina. As outras regulamentações são gerais, não conseguindo suprimir o que realmente necessita tal procedimento, devendo o judiciário, por necessidade, recorrer às jurisprudências (que também não há muitas, pelo contrário), analogias, posições doutrinárias e enunciados do Conselho da Justiça Federal, bem como os princípios relacionados.

Assim sendo, o presente estudo objetiva contestar dúvidas e alcançar possíveis soluções para com os problemas decorrentes dessas situações que hodiernamente não têm uma solução única e específica..

Desse forma, observa-se que a RHA é uma evolução muito benéfica, e, por ser uma progressão científica específica, gerou efeitos na esfera jurídica, como, por exemplo, no direito das sucessões, direito de família e no título da responsabilidade civil. Diante disso, conclui-se que, pelo aumento da adoção pela utilização de tal método de formação familiar, o presente estudo faz-se indispensável. Deve-se destacar que, o direito tem o dever de acompanhar a evolução social e não ao contrário, pois, a preservação do direito sucessório, o princípio da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar e o princípio da paternidade responsável, configuram-se impositivos.

Para isso, o presente estudo utilizará do método analítico, com a técnica de pesquisa bibliográfica. Logo, os dados serão obtidos através de elementos encontrados na biblioteca virtual do Centro Universitário de Lavras, doutrinas nacionais, regulamentação, enunciados e resolução destacadas no referencial teórico.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 RESGATE HISTÓRICO DA FAMÍLIA

A princípio, observa-se que, hodiernamente, a família não se limita há só uma definição. Entende-se que para este instituto existe um conceito geral, e deve ser avaliado fundamentalmente sob os aspectos afetivos e sociológicos (Sílvio Venosa, 2020). Consoante Stolze e Pamplona (2019, pág. 54), o termo família significa um “grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto, que têm uma ancestralidade comum, ou seja, grupos ligados entre si pelo casamento e pela filiação ou, excepcionalmente pela adoção.”

Nota-se, historicamente, de acordo com Stolze e Pamplona (2019) que, nos tempos primitivos os seres humanos levavam suas vidas sexuais sem nenhuma “disciplina”, isto é, de forma promíscua (sem nenhum compromisso – endogamia), fazendo com que não fosse possível distinguir com segurança a paternidade da prole.

Consoante, Stolze e Pamplona (2019), a mulher, por ser a única identificável dos genitores, sobre a maternidade (alimentando e educando), era quem coordenava a família. Em consequência disso, tal época foi tida como ginecocracia/matriarcal, onde as mulheres mães tinham o domínio absoluto de sua família.

Posteriormente, observa-se que, em consequência do percurso historial, ocorrera a transição da ginecocracia para a monogamia, revertendo os papéis, onde a mulher poderia pertencer somente a um homem. Dessa forma, a sociedade foi passando por várias transformações que alteraram os costumes (urbanização – mudança de mentalidade etc).

Sílvio Venosa (2020, pág. 4) expõe:

O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa, se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave. Com a devida mitigação, essa permissão não difere muito do que hoje se admite para a procriação, como fecundação de proveta e úteros de aluguel. Naquela época histórica, a procriação surge como a finalidade principal do matrimônio.

Ainda, nota-se que foi no Direito Romano que o termo “família” passou a ter uma pequena importância no mundo jurídico. Nessa linha de raciocínio, os doutrinadores Stolze e Pamplona (2019, pág. 58) expõem:

(...) a palavra família não pode ser aplicada, em princípio, nos romanos antigos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva.

Ademais, percebe-se que em Roma as famílias eram patriarcais (*pater familias*), i. e., a figura paterna (a figura patriarcal – chefe da entidade familiar) protegia, dava ordens, cuidava e alimentava sua família, com total autoridade para com os seus descendentes, esposa e escravos (STOLZE E PAMPLONA, 2019). É importante ressaltar que os casamentos não eram formados naturalmente, mas em cultos religiosos.

Sílvio Venosa (2020, pág. 4):

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. **No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família.** Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana. [grifo meu]

Nesse contexto, Sílvio Venosa (2020, pág. 5) dita:

(...) não bastava, porém, gerar um filho: este deveria ser fruto de um casamento religioso. O filho bastardo ou natural não poderia ser o continuador da religião doméstica. As uniões livres não possuíam o *status* de casamento, embora se lhes atribuisse certo reconhecimento jurídico.
 (...) o casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.

Em adição, nota-se que em tal época (patriarcal) o parentesco era distinguido, predominantemente, pela sujeição da pessoa ao determinado *pater familias* (vínculo agnição/*agnatio*). O parentesco consanguíneo gerava apenas parentesco natural, o que não era capaz de produzir qualquer efeito jurídico à época. Quando a figura

patriarcal falecia, a família se desfazia, e o descendente homem se tornava a figura *pater* de suas respectivas famílias (STOLZE E PAMPLONA, 2019).

Em Roma, o casamento (com o *affectio materialis* – vontade de viver juntos para sempre) produzia efeitos jurídicos, porém, em lado oposto, existia a figura do *concubinatus*, que não produzia qualquer efeito jurídico, por não haver a vontade de viver juntos para sempre, o que não era tido como algo errado (STOLZE E PAMPLONA, 2019).

Posteriormente, com o crescimento do Cristianismo e a queda do Império Romano, as transformações no que entende-se por família foi ocorrendo, consolidando-se com o significado de família cristã (célula básica da Igreja e da sociedade). Esse modelo de família ganhou condição de sacramento, tornou-se dominante no ocidente, perdurando-se na Antiguidade, Idade Média e Idade moderna. Com a Revolução Industrial (meados do séc. XVIII) e as novas dificuldades sociais (pobreza, sujeição da mulher à exaustivo trabalho doméstico etc.), as coisas mudaram, ou seja, descentralizou-se a figura do patriarcal (STOLZE E PAMPLONA, 2019).

Sílvio Venosa (2020, pág. 6) leciona:

A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar.

Ainda, Sílvio Venosa (2020, pág. 4) expõe:

A monogamia, sustentada sempre pela Igreja, desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação foi-se reverter somente com a Revolução Industrial, que fez surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

Nesse diapasão, pela alta demanda de mão de obra para operar os maquinários, as mulheres passaram a trabalhar, e o homem deixou de ser a única fonte econômica da família. Com a migração da população para às cidades, visando novas oportunidades, o espaço e área de convivência coletiva diminuiu, elevando à aproximação das pessoas, fazendo nascer o vínculo afetivo. Dessa forma, do início do séc. XIX em diante, com uma nova modelagem econômica, o fundamento da família como uma instituição foi abalado, iniciando-se o fim da uniformidade conservadora, isto é, o fim da configuração familiar padrão (STOLZE E PAMPLONA, 2019).

Por conseguinte, a partir do séc. XX, os novos fenômenos e eventos sociais, como, p. ex., a revolução sexual e mudança de papéis nos lares, abalou-se mais ainda a velha imposição do pensamento único, repensando às configurações do instituto familiar. Contemporaneamente, pós-modernidade, é notório a existência de diversos arranjos familiares, que possuem segurança jurídica em suas relações, sendo ao cidadão garantido o direito e proteção à família, bem como total liberdade ao casal quanto o seu intuito de planejamento familiar (STOLZE E PAMPLONA, 2019).

Sílvio Venosa (2020, pág. 6) afirma que, “a família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne às suas finalidades, composição e papel de pais e mães”. No Brasil, observa-se que o constituinte originário não protegeu a entidade familiar nas constituições anteriores, vindo o Estado a proteger esta, bem como, dar liberdade ao cidadão no que tange a formação desse instituto, somente com a CF/88.

Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Com isso, entende-se que o texto constitucional veio a proteger tal entidade como um todo, não especificando a forma que ela poderia ou deveria ser constituída, ou o que poderia considerar-se uma família. Dessa forma, a legislação

contemporânea começou a mencionar que a entidade familiar baseia-se também na afetividade, socioafetividade e não mais somente na consanguinidade.

Por fim, conclui-se que a configuração familiar é extremamente subjetiva, não havendo mais que se falar em modelo padrão, único e limitado, podendo o casal ou a pessoa solteira construir sua família com segurança jurídica e da maneira que lhe convier, desde que não infrinja normas legais, como, p. ex., à prática da bigamia. Assim sendo, observa-se que o conceito geral e moderno de família se entrelaça com o princípio da liberdade de planejamento familiar, do direito sucessório com o pluralismo de entidades familiares, sendo reconhecida quando existe a subjetividade, i. e., o intuito de formar uma família, que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade e/ou pela socioafetividade.

2.2 PLURALIDADE DE ARRANJOS FAMILIARES

A princípio, nota-se que, hodiernamente, com toda evolução contínua e veloz da sociedade, a grande quantidade de formas de composição familiar existentes. Nesse contexto, percebe-se que a CF/88 faz menção à família matrimonial, união estável e família monoparental. O doutrinador Puccinelli (2015, pág. 791) afirma que, “a norma contida no art. 226 da CF/88 é uma cláusula geral de inclusão, sendo admissível qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.” Dessa forma, observa-se que o texto constitucional não estabelece detalhes sobre como devem se formar os institutos familiares.

Assim sendo, observa-se que há divergências de entendimento na doutrina, acerca do dispositivo 226 da CF/88. Nota-se que alguns doutrinadores afirmam que tal norma é taxativa, não admitindo extensão na interpretação gramatical desse dispositivo, ensejando omissão às garantias constitucionais, o que é inconstitucional. Contudo, o pensamento majoritário dita que tal norma é exemplificativa, não havendo que se falar de qualquer limitação ou discriminação, como, p. ex., em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu/equiparou a união estável à união homoafetiva. Com isso, percebe-se a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia (PUCCINELLI, 2015).

2.2.1 Modelos de constituição familiar

2.2.1.1 Família monoparental

No tocante às famílias monoparentais, observa-se que nesta se faz presente somente um dos genitores e a prole, como, p. ex., o pai ou mãe divorciado, solteiro ou viúvo. Os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, pág. 1330) afirmam que, “na realidade, a monoparentalidade sempre existiu — assim como o concubinato — se levarmos em consideração a ocorrência de mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas.”

Consoante a Constituição Federal de 1988:

art. 226, § 4º - a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, entendendo-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse contexto, observa-se que a família monoparental pode ser originária ou superveniente. Na originária, a família se forma já somente com o pai e o filho (a) ou somente com a mãe e o filho (a), como, p. ex., no relacionamento onde existia um namoro e no percurso da gravidez o namorado abandona a companheira ou quando um cidadão solteiro adota uma criança etc. Já na família monoparental superveniente, a entidade se forma com a superveniência/consequência de um acontecimento, como, p. ex., o agente que fica viúvo, se divorcia etc.

Por fim, os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, pág. 1330) afirmam que, “independentemente da espécie ou origem, os efeitos jurídicos da família monoparental serão sempre os mesmos, notadamente no que diz respeito ao poder familiar e ao estado de filiação.” Logo, entende-se que não há distinção sobre um instituto familiar ou outro, em se tratando dos efeitos jurídicos.

2.2.1.2 Família homoafetiva

A família homoafetiva é àquela composta por duas pessoas do mesmo gênero sexual. Observa-se que qualquer análise sobre tal entidade familiar, deve ser feita com imparcialidade, sem interferências ou referências religiosas.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, pág. 1333) expõem:

(...) ora, se a premissa de todo o nosso raciocínio ao longo deste trabalho fora o caráter socioafetivo e eudemonista do conceito de família, seria um indesejável contrassenso, agora, negarmos o reconhecimento do núcleo formado por pessoas do mesmo sexo.

(...) afinal, se o sistema constitucional de família (CF, art. 226) é aberto, inclusivo e não discriminatório, como negar este fato da vida sem afronta ao princípio da isonomia?

Assim sendo, segundo os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, pág. 1333), “a homossexualidade não é doença, nem é perversão, devendo qualquer tentativa de enquadramento jurídico nesse sentido ser encarada como uma afronta escancarada ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Logo, observa-se a aplicação analógica das regras que regem a união estável.

Consoante a jurisprudência pioneira do Superior Tribunal de Justiça (RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8) - RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO):

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

Portanto, percebe-se que, sobre a família homoafetiva não emanava nenhum efeito jurídico sobre suas relações. Porém, após a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277), as coisas mudaram. Dessa forma, com a edição da Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, às autoridades competentes não podem mais recusar à habilitação, para celebração de casamento civil ou de conversão de união estável nos relacionamentos homossexuais. Nota-se que o legislador é alvo de críticas, uma vez que não positiva esse direito, imperando a omissão legislativa e a judicialização (PABLO STOLZE E RODOLFO PAMPLONA, 2019).

2.2.1.3 Família poliafetiva

No que tange à esse instituto familiar, nota-se que esta modalidade identifica-se quando há simultaneamente dois ou mais relacionamentos “afetivos paralelos”, onde os relacionados (três ou mais pessoas) aceitam a relação múltipla e

aberta/liberal, como, p. ex., uma agente que ama e relaciona-se com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, e todos esses agentes se conhecem e aceitam viver dessa forma (PABLO STOLZE E RODOLFO PAMPLONA, 2019). Nota-se que tal entidade vêm demonstrando que produz efeitos jurídicos tanto no âmbito judicial (jurisprudências) quanto no extrajudicial (cartório).

Portanto, entende-se por esta a família composta por três agentes ou mais em relacionamento simultâneo e convivência contínua. Nota-se que admite-se a feição de escritura pública da união poliafetiva (extrajudicial), para garantir segurança jurídica aos membros desta em uma possível dissolução de relacionamentos.

2.2.1.4 Família matrimonial

Esta família é o tipo de família clássica, isto é, àquela que se constitui a partir do casamento, seguindo todo um ritual. Observa-se que, os casamentos contemporâneos se fundam na afetividade, amor, carinho, socioafetividade etc. Já os casamentos antepassados se fundavam com outros objetivos, como p. ex., procriar, patrimônio etc (PUCCINELLI, 2015). Consoante o CCB/02, art. 1.514, “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declaram casados.”

Portanto, nota-se que a família matrimonial é àquela na qual surge a partir do momento em que há a declaração de casados (homem e mulher – mulher e mulher ou homem e homem) feita pelo juiz de paz.

2.2.1.5 Família informal/união estável/convivencial

Entende-se por esta a família formada com a vontade (intuito subjetivo) de construir uma família, isto é, mantendo contínuo convívio, configurando assim à união estável. Diferente do matrimônio, na formação desta entidade não há formalidades. Destaca-se que, em tal arranjo familiar as pessoas se juntam, como, p. ex., Tício que namora Umberlinda vai morar com ela, cumprindo certos requisitos (intuito de formar família) para de fato efetivar/configurar tal união.

Com base no art. 1.723 do CC/02, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Consoante a CRFB/88, art. 226, § 3º “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Assim sendo, a família informal é a entidade análoga à família matrimonial. Contudo, destaca-se que na entidade em análise não ocorre o supracitado ritual, bem como a declaração de casados expressa pelo juiz de paz, caracterizando-se tal união com o intuito subjetivo positivo, isto é, a vontade e o contínuo convívio.

2.2.1.6 Família anaparental

Essa é aquela formada sem os genitores, sobrevivendo o afeto. Puccinelli (2015, p. 793) nos ensina que:

(...) esta família pode ser definida como aquela em que, embora os pais estejam ausentes, os demais entes familiares permanecem residindo juntos, formando uma comunhão de vida, sendo o afeto a mola propulsora deste tipo de entidade familiar. Independe da consanguinidade. Podem-se citar como exemplo duas irmãs que vivem sob o mesmo teto.

Puccinelli (2015, pág.794) afirma que “aplicar-se-iam por analogia as normas que disciplinam o casamento e a união estável no caso em tela”. Efeito da comunhão de esforços.

2.2.1.7 Família pluriparental/mosaico/recomposta

Às famílias mosaicos são aquelas que se oriundam de um divórcio ou dissolução da união estável, onde um dos dois ou os dois agentes já têm um filho advindo da relação anterior, configurando-se uma estrutura mais complexa. A título de exemplo, Iraci se divorcia de Dudalina que têm a guarda da prole; posteriormente Dudalina com seu filho encontra-se em união estável com Jhon, que é pai e detêm a guarda do filho, tendo já vivido antiga união estável, mas foi desfeita, morando juntos Dudalina e seu filho e Jhon e seu filho, com o intuito subjetivo positivo. É uma família recomposta, baseando-se no afeto e na socioafetividade.

Não somente, é possível o instituto familiar ser mais complexo. Puccinelli (2015, pág. 794) expressa:

Em virtude da alta complexidade das relações familiares, também pode ocorrer o vínculo pluriparental em famílias que não são reconstituídas, ou seja, quando há uma formação familiar dupla, com dois pais e uma mãe ou com duas mães e um pai, independentemente da orientação sexual desses.

Portanto, é notório que o conceito de família não é mais o mesmo, visto que o casamento não é mais a única maneira de se constituir uma família, como era antigamente. Dessa forma, conclui-se que esta modalidade familiar será solidificada com o passar do tempo, isto é, com a convivência, que fará com que se estabeleçam a socioafetividade e a afetividade.

2.2.1.8 Família paralela/simultânea/uniões dúplices

Essas famílias se formam quando já existe uma família e um dos pares constitui outra família ao mesmo tempo, de maneira transparente/pública e estável.

Puccinelli (2015, p. 795) afirma:

(...) o que foi adquirido será partilhado conforme o esforço comum de cada companheiro e se houver dependência econômica comprovada, o valor da previdência será partilhado entre este e o cônjuge sobrevivente e os filhos menores advindos de qualquer um dos relacionamentos.

Logo, entende-se que tal modalidade familiar é diferente dos costumes, mas não é ilegal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não especificou o tipo familiar que teria proteção legal. Assim, presume-se que o que não é proibido é permitido, desde de que os componentes da família se reconheçam e se aceitam, prevalecendo a liberdade familiar.

2.2.1.9 Família eudemonista/contemporânea

A família eudemonista é aquela na qual seus membros buscam uma vida plena, realizações individuais e coletivas, baseando-se nas relações afetivas. Puccinelli (2015, pág.795) nos ensina “que o que importa é a busca da realização plena de seus membros, que estão unidos por um afeto recíproco, pela consideração e pelo respeito mútuo, independentemente da consanguinidade.”

Assim sendo, entende-se que neste instituto familiar poderá haver pessoas totalmente distintas de seu cotidiano, isto é, em qualquer laço sanguíneo,

configurando um grupo de pessoas que moram juntos, baseando-se suas relações a partir da afetividade, buscando cada um seus objetivos e ajudando uns aos outros, de maneira recíproca.

2.2.1.10 Família unipessoal

Essa é a família constituída por um só membro, i. e., uma só pessoa, como, p. ex., a pessoa que mora sozinha.

Consoante Puccinelli (2015, pág. 795):

Esta família é composta por apenas uma pessoa. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça lhe conferiu a proteção do bem de família, como se infere da Súmula 364: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. (03/11/2008). A proteção conferida por esta Súmula decorre do direito constitucional de moradia.

Assim sendo, entende-se por esta família àquela formada por uma só pessoa, que reside sozinha(o). Não somente, percebe-se que tal arranjo familiar singular também faz jus à impenhorabilidade de seu bem imóvel familiar.

2.2.1.11 Família natural - família extensa ou ampliada - família substituta ou adotiva

A família natural (consanguíneo) consoante o ECA (art. 25 *caput*) é “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. A família extensa ou ampliada, segundo o parágrafo único do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

A família substituta é uma espécie de família que pode se configurar de três maneira (adoção, guarda ou tutela). A guarda precede à adoção. Vejamos, Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

A família adotiva se configura com o adentramento da criança ou adolescente em família distinta da sua natural, fazendo com que aqueles tenham novos pais e novos parentes, baseando-se na socioafetividade. Destaca-se que, o indivíduo adotado detém todos os direitos que um filho consanguíneo têm. Assim sendo, nota-se a existência de uma série de requisitos legais que devem ser cumpridos/observados durante todo o processo de adoção.

Consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

No tocante à tutela, observa-se que esta se dará quando a família tiver o seu poder extinto, suspenso ou destituído. O ECA dita que:

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos.

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

Portanto, em se tratando da família substituta, entende-se por esta aquela formada com o adentramento (adoção, tutela ou guarda) de um indivíduo (criança ou adolescente) à uma outra família que não a sua natural. Consoante texto legal específico, “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou

adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei (ECA, 1990/2009, art. 28).”

É importante ressaltar que, o instituto da adoção/família substituta é de caráter extremamente subsidiário, i. e., somente em último caso. O ECA (1990, art. 19) é claro, ao expor que, “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (...).”

2.2.1.12 Família multiparental

No que tange essa entidade, nota-se que ela é formada quando o filho possui mais de um pai ou mais de uma mãe, isto é, uma prole biológica e a outra socioafetiva, não havendo óbice quanto ao registro de todos no assento do filho, desde que seja respeitado o limite de dois para cada figura genitora. Esse modelo familiar é bem comum contemporaneamente. Cassettari (2017, p. 113) afirma que “a doutrina e a jurisprudência vêm repetindo, insistentemente, que o vínculo afetivo prevalece sobre o biológico.”

Nesse sentido, decisão do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. APELO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível, Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em: 07-05-2009). Assunto: Direito de Família. Investigação de Paternidade. Filiação biológica. Declaração. Filiação socioafetiva. Pai registral. Manutenção. Decisão TJRS, 8 CC, AC 70029363918: “em face da condição humana tridimensional que é genética, afetiva e ontológica, não há prevalência na paternidade socioafetiva nem da biológica, o que possibilitou a manutenção do registro com o pai registral e a declaração da paternidade biológica”.

Assim sendo, entende-se que esse arranjo familiar é àquele constituído quando ocorre à soma de mais um pai ou mais uma mãe na certidão de nascimento da respectiva prole, através de laços socioafetivos. Não somente, mister faz-se ressaltar que, há nesta, além da possibilidade de registro no respectivo assento, a garantia dos direitos sucessórios em favor dos filhos socioafetivos, ou seja, a prole desfrutará no caso de duas heranças de cada figura genitora, como, p. ex., de dois pais e/ou de duas mães.

2.2.1.13 Coparentalidade/parentalidade responsável

A coparentalidade se caracteriza quando um homem e uma mulher, sem nenhum vínculo amoroso/afetivo/emocional, entram em consenso, contratualmente ou não, objetivando, para com a prole, somente procriar, educar, alimentar etc. Percebe-se que, nessa ocasião há uma divisão consensual de funções e demais aspectos relevantes entre as partes, como, p. ex., a guarda da criança, educação etc. Essa entidade familiar origina-se, portanto, antes da criança nascer. Em síntese, esta é a modalidade certa para a pessoa solteira que quer ter filho natural e ter com quem compartilhar a educação e criação do filho, sem existir laços amorosos entre os genitores.

O instituto da coparentalidade não se confunde com a produção independente, visto que nesta os genitores não têm vínculo afetivo, as partes nem se conhecem e o importante (produção independente) é o fornecimento de gametas, configurando-se uma família monoparental (o indivíduo doador do gameta não possui qualquer tipo de vínculo com a prole).

2.2.1.14 Família ectogenética

Acima de tudo precipuamente, esse arranjo familiar é o fundamento/objeto deste trabalho, uma vez que não há regulamentação específica para este. Dessa forma, analisaremos os aspectos, em sentido amplo, que correlacionam-se com tal modalidade, de modo que fique claro como a matéria se dá na prática, visto à omissão legislativa.

Estas são as entidades familiares constituídas através da geração da prole mediante utilização da procriação medicamente assistida, ou seja, famílias que

geram seus descendentes utilizando-se de técnicas artificiais para fazer a fecundação dos gametas masculino e feminino ou inseminação, sem qualquer contato entre os corpos do homem e da mulher. Essas técnicas são utilizadas em consequências de problemas de infertilidade ou outro empecilho que impossibilite à gravidez, ou quando o gênero do casal for do mesmo sexo, não conseguindo com isso uma reprodução natural.

Moraes (2019, p. 91) dita que:

(...) resolve parte dos problemas dos casais e das pessoas que sonham com o projeto parental e, em razão da infertilidade, da condição estéril de um ou dos dois e da vontade de formar a família monoparental, não poderiam.

Nota-se que, a família ectogenética surgiu em decorrência da evolução social, medicinal e biotecnológica, correlacionando o direito e a medicina. Essa modalidade apareceu mais precisamente em 1.799, com o nascimento do primeiro ser humano através da inseminação artificial e, em 1.978, quando a primeira criança nasceu mediante o uso da fertilização *in vitro*.

Nesse sentido, Moraes (2019, pág. 91) expõe que:

(...) após o nascimento de Louise Joy Brown (1978), o primeiro caso de bebê de proveta, a técnica se espalhou por todo o mundo. No período de 1986 a 1988, aproximadamente quatro mil mulheres conseguiram engravidar na França por meio da técnica da inseminação *in vitro*.

Por fim, observa-se que tais procedimentos são testados há séculos, o que fez com que fossem gradualmente evoluídos. Com isso, nota-se que existem vários tipos de técnicas para a reprodução medicamente assistida, que formará a família ectogenética. Logo, conclui-se que, esta entidade familiar é uma espécie de família baseada na socioafetividade, amor e cuidado, vez que tal instituto se forma com o intuito subjetivo positivo indiscutível, buscando de todas as formas a procriação e com isso a formação familiar.

2.3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA OU REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução humana assistida é uma maneira de se procriar, diferentemente da forma natural. Com a RHA é possível gerar vida sem o contato carnal, utilizando-se de técnicas que manipulam os gametas, como, p. ex., a inseminação artificial, a maternidade por substituição, a fertilização/fecundação *in vitro* etc.

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 93) preleciona:

(...) as técnicas de reprodução humana têm por fim auxiliar na fecundação humana com o intuito de gerar um novo ser, e isso acontece por meio da manipulação de gametas. O processo consiste em levar o espermatozoide ao encontro do óvulo para a formação de uma nova pessoa sem a relação sexual.

Assim, percebe-se que os indivíduos que necessitam dessas técnicas para procriarem, podem utilizar o material genético próprio (gametas) ou de terceiros, a partir dos bancos de doações.

Para tanto, é necessário observar precipuamente o código civil e seus princípios, além dos fundamentos constitucionais, a resolução 2.168/17 do CFM, o provimento 63/17 do CNJ e enunciados do CJF, para haver o mínimo de segurança jurídica no procedimento de RA. Assim sendo, destaca-se que tais técnicas servem tanto para procriar, quanto para prevenir doenças genéticas e compartilhar material compatível imprescindível à vida da prole já nascida (bebê medicamento).

2.3.1 REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E HOMÓLOGA

A princípio, no que diz respeito à Reprodução Assistida, destaca-se a existência de uma série de técnicas que possibilitam que casais ou pessoas solteiras, procedam à constituição de suas famílias, que, por algum motivo não podem ou possuem óbice à gestação. Assim, dentre numerosas técnicas de reprodução humana assistida, destaca-se, i. e., a presente obra tratará em específico a inseminação artificial (heteróloga, homóloga *post mortem*), a gestação por substituição (barriga de aluguel) e a fertilização *in vitro*, que gera o conhecido bebê de proveta.

De modo geral, destaca-se que a diversidade de técnicas de RHA podem ser procedidas de duas maneiras. Moraes (2019, p. 94) discursa:

(...) na primeira, o óvulo é fecundado pelo sêmen no corpo da mulher, ao que se dá o nome de Gameta Intra Fallopian Transfer(GIFT); e na segunda, os gametas masculino e feminino previamente retirados são fecundados na proveta e depois transferidos para o útero da mulher que doou os óvulos ou para outra mulher – nesse caso, trata-se da Zibot Intra Fallopian Transfer (ZIFT).

Dessa forma, percebe-se que ambas as formas de reprodução são extremamente benéficas e eficazes. Todavia, por omissão dos legisladores, ocorrem situações passíveis de punições cíveis e criminais que permanecem impunes no âmbito dessas reproduções. Não somente, por indiferença dos deputados e senadores, ocorrerá inúmeras demandas desnecessárias que sobrecarregarão o poder judiciário, vez que, tais técnicas ainda não são muito utilizadas pelo fator econômico existente, ou seja, é mais utilizada (técnicas de RHA) pela classe mais poderosa economicamente, o que constata ser a minoria no país.

Porém, acaso seja reconhecido que tal técnica deva ser procedida pelo Sistema Único de Saúde, o que hodiernamente não é claro e expresso, as demandas começarão a aparecer, logo, a judicialização continuará imperando na seara jurídica brasileira, visto o não cumprimento de certos requisitos da Resolução 2.168/17 do CFM, por parte das clínicas de RHA, como p. ex., quando esta não explica aos pacientes sobre a utilização do gameta ou embrião criopreservado *post mortem* acaso ocorra um incidente.

2.3.1.1 Inseminação artificial (homóloga e heteróloga)

Em se tratando dessa técnica, percebe-se que a mulher engravida com a introdução de gameta masculino (via cateter) em sua cavidade uterina. É notório a existência de duas formas à realização da inseminação artificial. A primeira é a *in vitro*, ocorrendo a fecundação fora do corpo da mulher, transferindo-se para o útero desta o óvulo já fecundado na proveta (embrião). Já na *in vivo* ocorre a transferência, com o cateter, do sêmen, o introduzindo direto no útero da mulher, ocorrendo a fecundação do embrião no corpo desta (MORAES, 2019).

Nesse contexto, observa-se que os pacientes podem criopreservar seus gametas ou o embrião, i. e., congelar seus materiais genéticos, afim de utilizá-los posteriormente. Afirma Moraes (2019, p. 95) que, o “sêmen e óvulos podem ser congelados por até 20 anos sem que suas características se percam”.

2.3.1.1.1 Inseminação artificial (homóloga ou autoinseminação)

A princípio, nota-se que nesta ocorre a introdução do gameta masculino (sêmen do marido/companheiro) na cavidade uterina da mulher (esposa/companheira), objetivando que o espermatozoide fecunde naturalmente o óvulo.

Nesse contexto, sobre a procedência da inseminação artificial, Moraes (2019, p. 95) nos ensina que, o “procedimento é realizado pelo médico no momento em que o óvulo está no período de ser fertilizado: o líquido seminal do marido é injetado na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher”.

Dessa forma, nota-se que nessa modalidade (homóloga) ocorre certos problemas jurídicos, como, p. ex., a mulher que usa o material genético do marido/companheiro após sua morte sem prévia autorização (MORAES, 2019).

2.3.1.1.2 Inseminação artificial (heteróloga)

Nessa modalidade a inseminação/procedimento ocorre da mesma maneira que a homóloga, porém, o gameta masculino utilizado para a fecundação, seja externa (*in vitro*) ou internamente (*in vivo*), não é do companheiro ou marido da paciente, e sim de algum doador.

Desse modo, como supracitado, observa-se que a resolução 2.168/17 do CFM aponta protocolos que a princípio devem ser seguidos no procedimento. Destaca-se que o respectivo médico escolherá no banco de sêmen, o melhor material genético e o mais compatível com às características fenotípicas dos respectivos pacientes submetidos à essa técnica. Logo, percebe-se que o casal baseará sua família na socioafetividade.

Assim sendo, observa-se que nessa modalidade paira divergências jurídicas, uma vez que envolve paternidade biológica distinta à do casal. Moraes (2019, p.96) explica:

Quando ocorre com o sêmen de terceiro, via de regra doador anônimo, a lei não exige que o marido – ou companheiro – seja estéril ou que por qualquer outra razão não possa procriar; **a exigência é no sentido de que o cônjuge autorize o uso do sêmen de outra pessoa, ressaltando que a autorização não precisa ser expressa por escrito.** [grifo nosso]

Nesse cenário, o marido ou companheiro que autorizou a procedência de tal técnica, no futuro (após o início da utilização da técnica) não poderá negar/contestar à paternidade, porém, sem a autorização deste, ele estará legitimado à contestar esta. Em adição, destaca-se o pensamento de Moraes (2019, p. 97), no sentido de que, é de grande relevância “o acompanhamento de um psicólogo, tanto antes quanto pós-inseminação e, principalmente, após o nascimento. O intuito é de se evitar casos de negação do filho, em especial por parte do pai”, e, acaso isso ocorra, geraria problemas psicológicos à prole.

Ademais, o dispositivo 1.597, V do CC/02 expressa que, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Dessa forma, havendo autorização do cônjuge ou companheiro, entende-se que o filho gerado a partir de tal técnica foi gerado quando da existência do relacionamento.

2.3.1.2 Da fertilização *in vitro* (homóloga e heteróloga)

No tocante à fertilização *in vitro*, percebe-se que o material genético das partes envolvidas é colhido e fecundado artificialmente, formando-se um embrião ou mais, que posteriormente poderá ser transferido para o útero da paciente receptora. Essa paciente pode ser ou não doadora do óvulo (MORAES, 2019).

Nesse diapasão, fecundando-se mais de um embrião, àqueles não utilizados são tidos como embriões excedentários. Assim sendo, esses embriões podem ser criopreservados para sua posterior utilização.

2.3.1.2.1 Da fertilização *in vitro* (homóloga)

Nessa técnica, como supracitado, percebe-se a utilização dos materiais genéticos do próprio casal para fecundação *in vitro* do óvulo (formação do embrião). Após, o embrião é implantado na mulher, havendo 100% de paternidade e maternidade biológica.

É notório que nesse procedimento em específico, a Resolução 2.168/17 do CFM limita à transferência de no máximo quatro embriões, contudo, Moraes (2019, p. 99) afirma que:

(...) normalmente é fecundado um número maior de óvulos com o intuito de uma ação exitosa, contudo, um problema surge: o que fazer com os embriões excedentários? Quantas pessoas são sacrificadas para que uma nasça? Estar-se-á diante de conduta ética?

Moraes têm essa visão pois, para alguns doutrinadores juristas, o embrião já é sujeito de direito, mesmo sem sua implantação no útero, apesar do art. 2º do CCB/02 expressar que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida e que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, não podendo ser confundido os conceitos de nascituro com embrião, vez que o nascituro está prestes a nascer e, o embrião precisa de um útero para evoluir.

2.3.1.2.2 Da fertilização *in vitro* (heteróloga)

Em se tratando da fertilização heteróloga, observa-se que esta ocorre quando utiliza-se do material genético de terceiros, i. e., pessoas de fora da união/casamento/relacionamento, para formar o embrião e assim gerar a vida.

Pode esta modalidade ser procedida de três maneiras. Consoante Moraes (2019 p. 99):

(...) **a)** quando o sêmen utilizado é de terceira pessoa que não o cônjuge ou companheiro e o óvulo é da mulher que será fertilizada (possível em conjunto utilizar da maternidade substitutiva); **b)** quando o sêmen utilizado é do cônjuge ou companheiro e o óvulo não é da mulher que será fertilizada (possível em conjunto utilizar da maternidade substitutiva); **c)** e quando tanto o sêmen quanto o óvulo utilizados foram doados por terceiros para a formação do embrião, o qual será implantado em outra mulher. [grifo nosso]

Com isso, percebe-se que a paternidade ou maternidade será total ou parcial. Nesse contexto, com a omissão do Poder Legislativo, pairam dúvidas/lacunas como, p. ex., se aquele filho gerado por esta técnica terá o direito de saber quem são seus pais biológicos etc.

Nesse sentido, Moraes (2019 p. 99) indaga:

A futura criança tem o direito de conhecer a sua origem genética? Como fica a questão do anonimato dos doadores de gametas? O que deve prevalecer: o direito de conhecer sua origem genética ou o direito ao anonimato do doador? Como fica o princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem?

Com base no provimento 63/17 do CNJ, destaca-se:

Art. 17, § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Não somente, um dos grandes problemas que tal modalidade cria é o da comercialização de sêmen, coisificando a pessoa, logo, infringindo o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana, o que é inconstitucional (MORAES, 2019). Portanto, por não haver texto legal que trata do assunto, impera-se a judicialização, tendo o Poder Judiciário que decidir por analogia, interpretações extensivas, aplicação de princípios e complexas ponderações para decidir, algo bastante subjetivo.

2.3.2 PROVIMENTO 63/17 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No tocante o provimento 63/17 do CNJ, observa-se que este faz menção somente sobre peculiaridades de como deverá ser procedido o registro da prole gerada por alguma técnica de RHA. Vejamos:

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.

§ 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Assim sendo, é notório vários requisitos a serem cumpridos, tanto no momento do registro/assento quanto na realização do respectivo procedimento adotado. Logo, apesar de não haver legislação específica tratando de todos os aspectos relacionados à tais técnicas, pelo menos tal provimento garante minimamente certos direitos e estabelecem deveres.

2.3.3 A RESOLUÇÃO 2.168/17 – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Em se tratando da Resolução 2.168/17 do CFM, percebe-se a existência de uma série de considerações no que tange o porquê da existência e regulamentação dos procedimentos de RHA, adotando medidas éticas (deontológicas) para a utilização de tal método, em vista das omissões legais que se fazem presentes. Dentre tais considerações, destaca-se o aumento de sobrevivência e cura após tratamentos de câncer (antes da intervenção do tratamento criopreserva-se o material genético – preservação social e/ou oncológica), a infertilidade humana e o postergamento da maternidade pelas mulheres, em vista da diminuição da fertilidade com o passar dos anos.

Analisando a resolução em análise, percebe-se que esta veio para informar, diante das lacunas deixadas pelo legislador, que omite sobre a prática da RA, vez que não regularizam oficialmente aspectos de extrema importância para com os envolvidos, trazendo mais insegurança jurídica, visto que tal declaração têm poder somente informativo, e, unicamente sobre os aspectos da classe médica (norma secundária).

Nesse diapasão, expõe-se alguns dos limites e deveres contidos na Resolução 2.168 do CFM:

- I, 1. a RHA se limita ao auxílio com problemas (óbice ou dificuldade) de reprodução;
- I, 2. podem ser usadas desde que haja possibilidade de êxito e não coloque o(a) paciente e o possível descendente em risco grave de saúde;
- I 3. há idade máxima para utilização das técnicas: 50 anos para mulheres (exceção: quando baseada pelo respectivo médico em aspectos científicos e técnicos e com o devido esclarecimento prévio ao paciente dos riscos existentes – o médico respeitará a vontade do paciente);
- I, 4. os pacientes devem expor seu livre consentimento esclarecendo aspectos importantes tanto quanto o presente quanto o futuro;
- I, 5. no Brasil não se pode utilizar da RHA para escolher o sexo ou outra característica biológica da prole, exceto para evitar doenças;
- IV, 1. a doação de gameta ou embriões: não pode ter caráter lucrativo ou comercial;
- IV, 2. os doadores não podem ter nenhum tipo de vínculo (não devem se conhecer);
- V, 3. quando o paciente for criopreservar os gametas ou embrião → os pacientes devem manifestar por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos e se desejam doar, se sim, quando.

Portanto, percebe-se que o CFM buscou normatizar e fiscalizar aspectos da prática médica. Ainda, percebe-se tal conselho é a única instituição que emanou, até os dias de hoje, “normas” a respeito dos passos que devem ser dados previamente à efetiva procriação medicamente assistida. Tais procedimentos formais prévios são de suma importância para que as práticas de RHA sejam seguras também no âmbito jurídico, vez que esses procedimentos biotecnológicos saem da esfera médica e tocam/adentram à esfera jurídica.

2.3.3.1 Possibilidades

Em se tratando das possibilidades contidas na respectiva deliberação, isto é, o que pode e o que não pode ser feito nas clínicas de reprodução medicamente assistida, faz-se oportuno expor algumas destas variáveis que podem por acaso serem descumpridas, o que pode ensejar algum tipo de punição administrativa por meio do Conselho Regional de Medicina ou CFM sobre os respectivos profissionais.

Vejamos certos ditames sobre as possibilidade contidas na resolução do CFM:

- I, 7. o número de embriões que podem ser transferidos → depende da idade das mulheres → 35 anos: até 2 - 36 e 39 anos: até 3 – 40 anos ou mais: até 4 – não podendo ser superior que este. Deve-se considerar a idade da doadora no momento da doação, para analisar os casos de doação de óócito e embrião;

II, 1. toda pessoa capaz, totalmente de acordo e cumpridora dos requisitos podem utilizar das técnicas de RHA, de acordo com a lei vigente;

II, 3. uniões homoafetivas FEMININA podem utilizar-se da GESTAÇÃO COMPARTILHADA (ex: fecunda-se o ócito da parceira A, formando um embrião, o qual é transferido para o útero da parceira); [grifo nosso]

V, 4. após três anos ou mais os embriões criopreservados podem ser descartados se o paciente expressar que assim seja (os embriões criopreservados e abandonados (ex: os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados) por três anos ou mais podem ser descartados); [grifo nosso]

VI, 1. podem ser utilizadas para identificar embriões com alteração genética causadora de doenças (nesse caso pode ser descartados consoante a vontade livre dos pacientes, devidamente documentado);

VI, 2. pode-se utilizar da RHA para fazer tipagem HLA do embrião, objetivando selecionar embriões HLA compatíveis com algum irmão já afetado por doença cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, consoante a lei vigente.

Logo, percebe-se que, a presente resolução do CFM expõe diretrizes que devem ser seguidas, porém, nota-se que, acaso haja o descumprimento destas, possivelmente ocorrerá um processo administrativo e dificilmente haverá um processo judicial, o que abre margens para a utilização da RA para outros fins, como, p. ex., a escolha fenotípica da futura prole, a transferência de embriões em número superior ao permitido etc.

2.3.3.2 Protocolos nas Clínicas de RHA

Por fim, no tocante a resolução em comento, mister faz-se ressaltar sobre os protocolos existentes que as clínicas de RA devem seguir estritamente. Vejamos alguns dos requisitos existentes:

III. Os locais em que são realizadas as reproduções medicamente assistida devem ter total “controle de doenças infecto contagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA”;

Deve ser seguido os seguintes requisitos, dentre outros:

III, 2. deve haver um registro permanente das gestações, nascimentos, malformações de fetos, recém-nascidos e, em qual técnica (aplicada na determinada clínica) ocorreu tais ocasiões e também o registro dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

III, 3. deve haver um registro permanente que gravam os exames laboratoriais já feitos, para evitar transmissão de doenças;

- tais registros devem estar disponíveis para a fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina (III, 4.);

I, 4. deve haver um formulário especial para cada paciente submetido a RHA → concordância por escrito das pessoas envolvidas nas técnicas de RHA);

IV, 3. na região de localização da unidade de RHA o registro dos nascimentos e doações evitará que um doador tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos distintos em uma circunferência de 1 milhão de habitantes (um doador pode doar gametas ilimitadamente, desde que seja para a mesma família receptora);

IV, 4. deve-se manter o sigilo sobre a identidade dos respectivos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores (exceto para médicos que poderão ter ciência de tais informações).

Incontestavelmente, percebe-se que sem regulamentação própria para a RA esses protocolos por vezes são e continuarão a serem descumpridos, não havendo punições (cíveis ou criminais) para com os profissionais e/ou pacientes envolvidos. Dessa forma, impera a judicialização, bem como a insegurança jurídica como supracitado.

2.3.3.3. Vantagens da RHA

É notório que a reprodução humana assistida é uma cura para os casais que têm dificuldade para procriar naturalmente, para àqueles que pela natureza do gênero do casal não podem engravidar de maneira natural e para as pessoas que passam por alguma enfermidade, como, p. ex., as pessoas que testam positivo para alguma doença sexualmente transmissível, pessoas inférteis, agentes que irão passar por algum tipo de tratamento causador de infertilidade (podem criopreservar seus gametas) etc.

Portanto, é evidente que no procedimento da RHA há grandes vantagens para os pacientes que sonham em ter uma família com filhos, mas por alguma razão não podem procriar naturalmente ou por qualquer outro empecilho, como p. ex., a prevenção de enfermidades genéticas ou hereditárias.

2.4 FECUNDAÇÃO *POST MORTEM*

A fecundação ou inseminação *post mortem* é o procedimento que concretiza a procriação após a morte do dono do material genético. Consoante Moraes (2019, p. 105), “a inseminação *post mortem* não é proibida no Brasil”, mas também não tem lei própria, sendo tal temática prevista na resolução 2.0168/17 do CFM, ditando que “é permitida a reprodução *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a lei vigente.”

Assim, observa-se que a inseminação póstuma traz dois inconvenientes: gera um filho sem pai e problemas sucessórios (MORAES, 2019).

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 106) expressa:

O primeiro caso que se tem notícia de um pedido de inseminação *post mortem* ocorreu na França no ano de 1984. O homem, em razão de um câncer nos testículos, resolveu armazenar seu esperma em um banco de sêmen, para que fosse utilizado posteriormente. Quando veio a óbito, entretanto, não havia deixado autorização para que sua esposa utilizasse o esperma depois de sua morte. Quando a viúva solicitou a entrega do sêmen de seu marido, a empresa que o mantinha criopreservado se negou a entregar, não restando alternativa à mulher senão buscar autorização judicial. O Tribunal de Créteil autorizou então a entrega do material genético, que, todavia, quando do término do processo, não estava mais em condições de ser utilizado, e a inseminação não ocorreu.

Nesse contexto, nota-se a existência de duas correntes a respeito de tal inseminação no Brasil, em vista da falta de regulamentação própria somado à liberdade para procriar (MORAES, 2019).

A primeira corrente, consoante Moraes (2019, p. 106), “entende ser esta permitida, uma vez que a legislação não a proíbe, além de existir liberdade para a procriação”. Ainda, observa-se que o projeto parental é defendido em todas as circunstância, até mesmo após a morte do(a) doador(a). Nesse sentido, afirma Moraes (2019, p. 106), “o planejamento familiar é realizado quando seus idealizadores estão vivos, sendo que seus efeitos podem ser produzidos mesmo com a morte de um ou de ambos”.

A segunda corrente acredita que o uso da técnica superveniente à morte transgride os princípios do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem e o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, essa corrente acredita, portanto,

que os pedidos para a utilização da RA *post mortem* devem ser negados (MORAES, 2019).

Consoante Moraes (2019, p. 106), os pedidos devem ser negados quando:

(...) acontecer por pelo menos três razões: 1 a) porque fere o plano ético da inseminação homóloga, uma vez que, com a morte de um dos cônjuges ou companheiros, não existe mais um casal; 2 a) porque provoca perturbações psicológicas tanto na criança quanto na mãe, sendo possível que a mãe veja na criança a possibilidade de preencher um vazio deixado pelo marido falecido e 3 a) que a sensação de solidão vivida pela mulher pode afetar o desenvolvimento da criança.

Portanto, diante das circunstâncias que se fazem presentes, devem ser avaliados todos os aspectos pertinentes, antes de ser tomada qualquer decisão pelo judiciário. Destaca-se que o direito deve acompanhar a evolução social, visto que, em consequência da omissão legislativa restam dúvidas/lacunas sobre a temática, causando insegurança jurídica.

2.5 GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO, MATERNIDADE SUBSTITUTIVA OU BARRIGA DE ALUGUEL

A princípio, entende-se por maternidade substitutiva a gestação em que uma mulher leva em seu útero uma prole que será criada por outra pessoa, ocorrendo sobre esta, um acordo (contrato de gestação), visto que por algum motivo a pessoa ou família que cuidará da prole (terá como filho) não pode engravidar por algum empecilho não sanável.

Em adição, observa-se que às técnicas de RA só podem ser utilizadas com o consentimento claro dos cônjuges e com a devida comprovação que sua utilização seja uma necessidade e não uma mera comodidade (VENOSA, 2019).

Dessa forma, mister faz-se ressaltar sobre o contrato de gestação que deve existir quando for proceder com a gravidez por substituição. Observa-se que, cientistas e legisladores internacionais expressam contrariedade a qualquer espécie de pagamento nessa atividade, apesar de alguns países o permitir, como, p. ex., na Ucrânia, vez que, nesse país não há limitação ou óbice à compensação financeira em favor da mulher que se dispõe a “alugar” seu útero (VENOSA, 2019).

Contudo, nota-se que, no Brasil a barriga de aluguel onerada, isto é, o contrato com contraprestação, sobretudo a pecuniária, deve ser considerado nulo, vez que, hodiernamente considera-se imoral seu objeto. Logo, não havendo contrapartida pecuniária nesta, não há ferimento à moral e aos bons costumes, pelo fato da utilização da barriga de aluguel ser uma saída para mulheres com problemas no útero, inférteis etc (VENOSA, 2019).

No tocante à maternidade, observa-se que, considera-se mãe aquela na qual teve seu óvulo fecundado, porém, nos tempos modernos, com o efeito da socioafetividade, é considerada mãe aquela que planejou a respectiva gravidez (planejamento familiar). Contudo, destaca-se que, sobre à temática, também há grandes discussões, no que tange à ciência de quem é a mãe da prole (titularidade da maternidade). Logo, abrem-se margens para decisões puramente subjetivas dos respectivos magistrados nos casos concretos, envolvendo, como, p. ex., aspectos relacionados à natureza psicológica da mulher que cedeu o útero etc (VENOSA, 2019).

Nesse sentido, a Resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina expõe que:

VII. As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira;

VII, 1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau mãe/filha; segundo grau avó/irmã; terceiro grau tia/sobrinha; quarto grau prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina;

VII, 2. a cessão temporária do útero **NÃO PODE TER CARÁTER LUCRATIVO OU COMERCIAL.** [grifo meu]

Dessa maneira, compreende-se que, no Brasil a regra é que a gravidez por substituição não seja mera comodidade e sim uma saída para pessoas impossibilitadas de engravidar. Destaca-se que, a princípio, a cedente do útero deve ser da família/parente do casal ou da pessoa solteira autora do planejamento familiar, até o quarto grau.

Ademais, sobre a “barriga de aluguel”, a doutrinadora Rosa (2013, p. 143) leciona:

(...) pode ocorrer de duas formas: gestacional ou tradicional. Na primeira, não existem laços consanguíneos entre a mãe substitutiva e a criança, pois o embrião é formado com o óvulo da mãe biológica, que por algum motivo não pode engravidar, e o sêmen do pai. Na segunda, a mãe/barriga de aluguel será a mãe genética da criança, pois o seu óvulo foi extraído e fecundado com o esperma do pai.

Nesse diapasão, sobre análise, entende-se que há a subespécie da forma gestacional, visto que o embrião pode ser gerado a partir do material genético do casal somado a de terceiros e implantado em outra mulher, a cedente do útero.

Nesse sentido, Meirelles (1998, pág. 69-70) preleciona:

(...) existem as figuras de três “mães” no uso dessa técnica: a “mãe social”, que pretende ter o filho; a “mãe genética”, que doa o óvulo para ser fecundado; e, por último, a “mãe biológica”, que é a mulher que vai ceder o útero para a criança ser gestacionada.

Ainda, Diniz (2012, pág. 470) expressa que em tal método:

(...) a criança poderá ter até “(...) três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que o gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica) (...)”.

Assim sendo, percebe-se que muitas lacunas surgem sem nenhuma regulamentação legislativa própria. Moraes (2019, p. 102) indaga, “quem é a mãe: a que doou os óvulos, quem realizou a gestação ou a que vai criar a criança?”

Dessa forma, na tentativa de preencher essas lacunas a Resolução 2.168/17 do CFM assim dispõe:

DEVEM constar no prontuário do paciente [grifo nosso]:
 VII, 3.1 **termo livre de consentimento devidamente esclarecido e assinado pela cedente (contemplando aspectos BIOPSISSOCIAIS – RISCOS ENVOLVIDOS E ASPECTOS LEGAIS DA FILIAÇÃO);**
 VII, 3.2 relatório com o perfil psicológico com atestado de adequação clínica e emocional dos envolvidos (VII, 3.2);
 VII, 3.3 **termo de compromisso entre os pacientes e a cedente (estabelecendo de forma clara a questão da filiação da criança); [grifo nosso]**
 VII, 3.4 **os pacientes devem assumir o compromisso do tratamento e acompanhamento médico até o puerpério (VII, 3.4); [grifo nosso]**
 VII, 3.5 O COMPROMISSO DO REGISTRO CIVIL DA CRIANÇA PELOS PACIENTES (DOCUMENTAÇÃO DEVE SER PROVIDENCIADA NO DECORRER DA GRAVIDEZ);
 VII, 3.6 **O CÔNJUGE OU O COMPANHEIRO DEVE APROVAR A CESSÃO DO ÚTERO, CASO SEJA A CEDENTE CASADA OU VIVER EM UMA UNIÃO ESTAVÉL. [grifo nosso]**

Nesse contexto, observa-se que, em regra, não com força de lei (Resolução 2.168/17), os pais são àqueles que doaram o material genético, mesmo que o embrião seja gerado em útero distinto dos donos dos gametas ou embrião. Contudo, há entendimentos divergentes que discutem sobre quem é a verdadeira mãe (MORAES, 2019). Mas, esses entendimentos não devem ser considerados. Consoante Moraes (2019, p. 102), “(...) na maternidade por substituição a mãe é aquela que planejou e forneceu o material genético”.

Para Moraes (2019, p. 103):

A gestação de substituição tem também um lado assombroso, pois há notícias de uso de um sistema análogo à escravidão, de eugenia, de abandono de crianças, de arrependimento e aborto envolvendo essa técnica.

Com efeito, é notório a força do contemporâneo aspecto da socioafetividade, vez que esta é o basilar, isto é, o fundamento das famílias ectogenéticas, sobretudo heterólogas, fazendo com que seja considerada mãe àquela que esboçou, ou seja, que planejou o respectivo instituto familiar. Logo, conclui-se que a falta

regulamentativa gera grande insegurança jurídica, não somente aos pacientes, bem como às futuras proles.

2.6 EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS

A princípio, entende-se por sucessão a transmissão da titularidade de direitos e obrigações (herança) do indivíduo que falece (*de cuius*) aos herdeiros, o que poderá se dar via testamento ou lei (TARTUCE, 2019). Em sentido amplo, a sucessão externa-se quando há a substituição de uma pessoa por outra, assumindo os substitutos todas as obrigações e direitos do sucedido (SENISE, 2013).

Nesse contexto, é importante conceituar alguns termos que são de suma importância para compreensão da temática. Em se tratando do momento da transmissão, Senise (2013, p. 340) afirma que “é correto que a transmissão dos bens deixados pelo *de cuius* dá-se a partir da morte, verificando-se quais os herdeiros vivos e concebidos existentes na data do óbito”. Ainda, entende-se por herdeiro “o sujeito que sucede a título universal ou singular” o(a) falecido(a).

Dessa forma, a sucessão pode se dar de duas maneiras, como supracitado, i. e., sucessão legal ou testamentária. A primeira advém de lei (os sucessores legítimos são chamados em ordem sequencial – descendente e cônjuge, ascendente e cônjuge, cônjuge supérstite e colaterais – têm direito à parte legítima/indisponível) e a segunda da declaração de vontade (o *de cuius* designa os que irão lhe substituir – têm direito à parte disponível).

Senise (2013, p. 340) explica:

Herdeiro legítimo é aquele que sucede na posse e domínio dos bens deixados pelo *de cuius*, em virtude de dispositivo legal que o qualifica como tal. Herdeiro testamentário é aquele que sucede na posse e domínio dos bens deixados pelo *de cuius*, graças à manifestação unilateral e última da vontade daquele que é o autor do testamento.

Ainda, no tocante à ordem sequencial da vocação hereditária, o que importa na presente obra é à figura do descendente. Dessa forma, tem-se por este o parente consanguíneo ou socioafetivo (adoção ou RA heteróloga).

Consoante Lobo (2019, pág. 110):

Descendentes são os que se originam de uma pessoa e dão origem a outras pessoas e assim sucessivamente (filhos, netos, bisnetos, trinotos, tetranetos). São todos os parentes de sucessivas gerações a partir dos **filhos biológicos ou socioafetivos**. [grifo nosso]

Portanto, entende-se que não pode haver discriminações quanto à filiação socioafetiva no que tange os direitos sucessórios ou em qualquer aspecto, vez que

há paridade/isonomia entre estes (filho biológico e socioafetivo). Contudo, observa-se que deve-se ponderar inúmeros aspectos para à averiguação da possibilidade ou não da sucessão dos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida, em vista das circunstâncias.

2.6.1 EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS (HOMÓLOGAS – *POST MORTEM*)

Em se tratando da sucessão no âmbito das famílias ectogenéticas homólogas, percebe-se que não haverá muitos impasses, pelo fato do material genético serem dos pais biológicos, isto é, não envolve terceiros no procedimento.

Contudo, nos casos de RA homóloga *post mortem*, encontra-se lacunas no que tange à possibilidade de utilizar o material genético criopreservado e seus efeitos sucessórios. Assim, exemplificando, há casos em que o viúvo, ou à viúva, requer utilizar o gameta de seu par ou embrião criopreservados, mas, não possuem autorização ou indícios desta.

Assim sendo, decorre o fenômeno da judicialização, como, p. ex., Débora solicita a utilização do embrião gerado com seu gameta e de seu marido Romeo (falecido), para gerar à prole, no entanto, àquela não possui autorização (expressa de alguma forma) prévia do *de cuius* para tanto, o que faz com que Débora recorra ao Poder Judiciário requerendo autorização para o uso do respectivo material.

Dessa forma, expõe a Resolução 2168/17 do CFM:

VIII – Reprodução Assistida *Post Mortem* → é permitida a reprodução assistida *post-mortem* **desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado**, de acordo com a legislação vigente. [grifo nosso]

Nesse contexto, destaca-se o entendimento do doutrinador Tartuce (2019, pág. 626):

(...) a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina não oferece óbice para que uma viúva faça uso da técnica de reprodução assistida, sendo fundamental, apenas, a autorização do falecido. O mesmo se dá com o Provimento 63 do CNJ, como visto anteriormente.

Com isso, apesar de não existir lei específica para regulamentar a matéria, entende-se que a princípio deve haver prévia e expressa autorização do(a) falecido(a) quanto à utilização do respectivo material genético ou embrião

criopreservado, vez que as supracitadas normas infralegais indicam que deve haver algum tipo de permissão.

O Código Civil de 2002 expõe sobre:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

Além disso, Avancini, Martins e Ludwing (2009, pág. 134) afirmam:

Ao se presumir concebidos na constância do casamento os filhos enquadrados nas disposições dos incisos II e III do artigo 1.597 do CCB, não haveria como restringir a possibilidade de determinada viúva em requerer o esperma do marido, já que armazenados, propriamente, para este fim.

Outrossim, em análise sobre tais dispositivos e entendimento doutrinário, destaca-se que é necessário a apresentação da autorização escrita feita pelo *de cuius* em vida, para utilização de seu material genético após sua morte, e, a mulher deverá estar na condição de viúva (GODOY, 2020). É fato que existem julgados que não são coerentes com esses ditames, fruto da falta de regulamentação específica, como, p. ex., os filhos havidos sem autorização do *de cuius* por decisão judicial, vez que aquele não expressou quando vivo.

Vejam os a jurisprudência do TJDF:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO *POST MORTEM* SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*.
 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cuius em ação de inseminação *post mortem*, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.
 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do de cuius para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização

do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
4. Recurso conhecido e provido.
(Acórdão 820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, ,
Relator Designado:GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO
DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 3/9/2014,
publicado no DJE: 23/9/2014. Pág. 136).

Ainda, Moraes (2019, p. 64) leciona:

A Constituição Federal estabeleceu ser o planejamento familiar uma decisão unilateral do casal, que deve apenas respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, expressão que deve ser lida como parentalidade responsável, pois não diz respeito apenas ao pai.

Não somente, observa-se que o Código Civil de 2002 ainda não regulamentou a temática em questão, deixando inexato o alcance do dispositivo. Vejamos:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

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.

Para Venosa (2019, pág. 275), consoante o dispositivo 1.798, os filhos havidos após a morte do *de cuius*, não terão direito à sucessão legítima, somente a testamentária. Vejamos:

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O Código de 2002 reporta-se a essa hipótese no inciso III. O congelamento do sêmen abre essa possibilidade. No sistema do mais recente Código, o princípio geral sucessório é idêntico: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798). Desse modo, os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800). Essas normas são insatisfatórias (...).

Dessa maneira, comparando os dispositivos 1.597, III e IV e 1.798 do CC/02, nota-se uma grande incongruência legal. É fato que há norma constitucional que extingue qualquer dúvida sobre os direitos isonômicos de filhos biológicos ou não, mas, com o aumento da utilização das técnicas de RHA, uma regulamentação específica realmente faz-se necessário. Assim sendo, entende-se que uma norma

infraconstitucional não pode sobressair à outra norma constitucional, vez que existe hierarquia entre as normas (pirâmide de Kelsen).

Ademais, observa-se que consta na Carta Magna, em seu art. 227, § 6º que, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 113):

Na sucessão testamentária existe a possibilidade de beneficiar os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, conforme determina o inciso I do art. 1.799 e o art. 1.800, em que a exigência é a de que aquelas pessoas indicadas devam estar vivas na abertura da sucessão.

Não somente, consoante Moraes (2019, p. 114):

O art. 1.798 do Código Civil serve de base legal para a primeira corrente, que defende a não permissão da transmissão de herança para o filho concebido por fertilização *in vitro post mortem*, uma vez que o mencionado artigo prescreve que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas e já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Nesse diapasão, sobre o art. 1.798 do CC/02 supracitado, Godoy (2020, apud Ulhoa, 2003, p. 148-52) explica:

Ao dispor que têm legitimidade para suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, o legislador não cuidou das hipóteses de filiação por reprodução assistida (...) : a) **Embrião *in vitro***: o embrião *in vitro* pode ou não ser destinado ao ciclo biológico do ser humano; **só passará a ser sujeito de direito** (ou ter existência jurídica, sem ser sujeito de direito, conforme a concepção que se adotar em relação ao nascituro) **no momento em que for implantado no útero (...)** a solução mais justa parece ser a que **reconhece direito sucessório ao filho advindo desse embrião, ainda que nasça depois da morte de seu pai; (...)**; c) **Inseminação *post-mortem***: há possibilidade, inclusive, de inseminação *post-mortem*, na qual o filho resultante não terá sido concebido até a abertura da sucessão. Não seria herdeiro, aplicado literalmente o presente artigo. (...) ao limitar a legitimação sucessória às pessoas concebidas até a abertura da sucessão, o artigo exclui, realmente, as resultantes de inseminação artificial *post-mortem*, argumentando que só com alteração legislativa essa situação poderia ser modificada. [grifo nosso]

Assim sendo, entende-se que o supracitado doutrinador também entende não ser possível a sucessão do filho havido *post mortem* via sucessão legal. É notório que não há direito adquirido por parte dos materiais genéticos, talvez uma pequena expectativa, até que sejam implantados no útero, momento em que realmente começa a vida. Observa-se que os filhos ainda não concebidos podem ser incluídos

à sucessão via testamento e, em se tratando dos direitos sucessórios, percebe-se que para o futuro filho, lhe é resguardado o direito à petição de herança, observado o prazo prescricional de dez anos, contados a partir da abertura da sucessão (GODOY, 2020).

Contudo, Godoy (2020, p. 2194) expõe:

(...) parece possível sustentar, no entanto, que, se o marido ou companheiro tiver deixado anuência expressa, consentindo na inseminação *post-mortem*, estabelece-se o vínculo de paternidade e, por extensão, o direito sucessório.

Por conseguinte, o CC/02 expressa, sobre o art. 1799, I:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Assim, entende-se que, em se tratando dos filhos ainda não concebidos indicados no testamento, estes terão seus bens de direito da herança confiados à um curador nomeado pelo magistrado. Ainda, destaca-se o prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que seja utilizado o material genético criopreservado. Em teoria, se não utilizado no prazo, os respectivos bens serão repartilhados aos herdeiros legítimos.

Em síntese, nota-se a existência de duas correntes sobre a possibilidade ou não da sucessão na fertilização *in vitro* homóloga póstuma. A primeira corrente defende que não seria possível, e a segunda defende que sim há a possibilidade. A primeira linha de pensamento baseia-se seu entendimento no art. 1.798 do CC/02, expressando que tal dispositivo veda a transmissão de herança para filhos havidos por fertilização *in vitro post mortem*, visto que o artigo em comento menciona somente as pessoas já concebidas ou nascidas à época da abertura da sucessão (MORAES, 2019).

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 114) expõe:

A justificativa principal da corrente que entende ser impossível a sucessão aos filhos oriundos de fertilização *in vitro* homóloga *post mortem* está relacionada a uma possível insegurança jurídica, já que a partilha nunca será definitiva, uma vez que a qualquer momento pode surgir novo filho.

Há doutrinadores que entendem que nem mesmo o herdeiro testamentário havido *post mortem* faz jus a qualquer efeito sucessório, embasando-se no art. 1.799, I do CC/02, “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”, posicionamento este que sustenta-se na teoria natalista (MORAES, 2019). Assim, compreende-se que tal teoria exclui dos concebidos os direitos patrimoniais.

De outro modo, a segunda corrente defende a possibilidade da sucessão dos filhos havidos *post mortem*, coadunando-se à teoria concepcionista, que hodiernamente vem sendo utilizada pelos doutrinadores contemporâneos (MORAES, 2019).

Desse modo, Moraes (2019, p. 115) expõe:

Para reflexão: qual é o intuito do casal em congelar gametas (ou embriões criopreservados), que não a maternidade e a paternidade? Caso contrário, deixariam expressa a vontade de que não fosse utilizado seu espermatozoide ou óvulo em fecundação futura. Dessa forma, o filho que nasce de inseminação *post mortem* não pode ser deixado de lado quando da sucessão e já está sendo prejudicado pelo fato de não conhecer o pai (e/ou a mãe); não existe motivo para ser excluído da sucessão.

Nota-se que um dos fundamentos desta corrente é o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que veda qualquer distinção feita sobre à filiação. Dessa forma, CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança.

Ademais, segundo Moraes (2019, p. 115) “o Brasil não proíbe o uso da inseminação *post mortem*, tampouco pode excluir da sucessão o filho proveniente daquela técnica”. Não somente, caso o patrimônio já tenha sido partilhado, Moraes (2019, p. 116) expõe uma possível solução:

Caso o patrimônio deixado já tenha sido partilhado, cabe ao herdeiro, por meio de ação de petição de herança, requerer o seu direito sucessório. Como prevê o art. 205 do Código Civil, o prazo é de 10 (dez) anos, contados da abertura da sucessão, ou, no caso de absolutamente incapaz, do dia em que completar 16 (dezesesseis) anos.

Em adição, destaca-se, consoante Moraes (2019, pág. 263) que:

O conceito tem direito de herdar se, na época da morte do titular da herança, o embrião já existia e estivesse criopreservado, tendo a fecundação sido realizada com o material genético do *de cujus*, mesmo no caso de o embrião ter sido implantado depois da morte daquele.

Assim sendo, se à época da morte do *de cujus* o embrião já estava formado (fecundação do sêmen ao óvulo) e criopreservado, com o posterior uso daquele material genético, a futura prole, em tese, fará jus ao direito de herdar legalmente (DINIZ, 2012).

Dessa forma, entende-se que a RHA *post mortem* é permitida, devendo ser observado o cumprimento dos requisitos e o direito à sucessão dos filhos havidos por esta. Com isso, percebe-se que com a falta de regulamentação específica, têm-se utilizado do art. 4º da LINDB, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Portanto, observa-se que não há entendimento pacificado na doutrina quanto ao direito à sucessão nesta modalidade e sua possibilidade, sendo por vezes aplicada a teoria concepcionista nas decisões judiciais, imperando a insegurança jurídica. Mas, o fato é que não existe legislação que a proíba, presumindo-se ser possível. Contudo, analisando possíveis hipóteses, destaca-se que o prazo para a apresentação da petição de herança prescreve em 10 anos, o que seria relativamente impossível à partilha da herança que já fora partilhada, vez que às coisas se deterioram ou são transferidas, dentre inúmeras possibilidades.

Enfim, os legisladores ao elaborar a legislação específica, deverão limitar o número de gravidez, isto é, limitar a quantidade da possibilidade para utilização do material criopreservado (sêmen, óvulo ou embrião), evitando com isso divergências patrimoniais quanto ao recálculo superveniente à partilha da respectiva herança

2.6.1.1. Os embriões excedentários

Em princípio, entende-se por embrião o resultado da unificação/fecundação dos gametas masculino (sêmen) e feminino (óvulo). Nota-se que por possíveis frustrações quanto às tentativas de fecundação, as clínicas geralmente produzem uma boa quantidade de embriões, visando obter os melhores materiais genéticos. Por conseguinte, os embriões mais viáveis são selecionados para posterior

implantação no útero, outros são criopreservados e os demais são descartados (os inviáveis) ou doados para feição de pesquisas, respeitando os ditames da Lei 11.105/05 de biosegurança.

Dessa maneira, os embriões que não são utilizados são tidos como excedentes/excedentários, ou seja, são aqueles que ficam congelados em compartimento especial, o que faz com que possam ficar ali por décadas. Tal fato é criticado por alguns doutrinadores, justificando-se que tal procedimento vai contra à dignidade da pessoa humana, uma vez que o embrião precede à existência, necessitando somente de ser implantado no útero para que se desenvolva e posteriormente, possivelmente, em grande expectativa, nasça com vida.

Sobre a temática, Moraes (2019, pág. 165) afirma:

Está-se diante de um embrião humano, de uma pessoa em uma das suas fases de desenvolvimento, portanto, titular do direito à vida; não se trata de uma coisa. Para evitar embriões excedentários, e conseqüentemente que vidas humanas sejam jogadas no lixo, o melhor a ser feito é regulamentar a fertilização *in vitro* de modo que apenas a quantidade de embriões que será implantada no útero da gestante seja produzida, acabando com o descarte da vida humana, procedimento já previsto nas legislações da Alemanha, da Áustria e da Itália.

Nesse contexto, expõe o CFM em sua Resolução 2.168/17:

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

No tocante à utilização do material genético pelos casais divorciados, o enunciado 107, da I Jornada de Direito Civil dita que:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Assim sendo, nas sociedades conjugais que se desfazem pelo divórcio, a utilização de embriões criopreservados, também, por óbvio, dependem de autorização prévia e por escrito do ex-parceiro, e, caso exista tal permissão,

destaca-se que ela poderá ser revogada somente antes da implantação do material genético no útero.

Em síntese, no tocante à utilização dos embriões excedentários *post mortem*, nota-se que não há entendimento pacificado sobre a temática. Mário (2020, p. 431) afirma que, “deve prevalecer o entendimento de que têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidas ao tempo do óbito do *de cujus* (permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do Código Civil de 2002).”

Nesse contexto, o CC/02 expõe em seu art. 1.597, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.”

Sobre a temática, Moraes (2019, p. 112) afirma:

(...) presume-se que os filhos que foram concebidos na constância do matrimônio: havidos, a qualquer tempo, quando se referem a embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga: trata-se praticamente da mesma hipótese anterior, todavia, não é realizada a fecundação *in vivo*, mas a transferência de embrião que já fora produzido em laboratório e encontrava-se criopreservado. É uma fecundação artificial, contudo, continua sendo homóloga, uma vez que óvulo e sêmen utilizados pertencem ao casal. **Da mesma forma, é necessária a autorização do casal para que se realize.** [grifo nosso]

Dessa forma, o enunciado 267 III Jornada de Direito_Civil externa:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, **a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.** [grifo meu]

Ainda, expressa o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil:

Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, **será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução** assistida com o material genético do falecido, esteja na **condição de viúva**, sendo **obrigatória**, ainda, a **autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.** [grifo meu]

Mário (2019, p. 28) explica:

Na hipótese de pessoas nascidas do desenvolvimento de *embriões excedentários* (Código Civil de 2002, art. 1.597, nº IV), **deve prevalecer o entendimento de que têm legitimação para suceder, em virtude de já**

estarem efetivamente concebidas ao tempo do óbito do de cujus (permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do Código Civil de 2002). [grifo meu]

Em adição, Venosa (2019, pág. 271) expõe:

Essas disposições do Código de 2002 deverão merecer o crivo da jurisprudência, pois não são suficientemente claras. O inciso III do art. 1.597, ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, traz à baila **a necessidade de autorização do marido para essa fecundação, bem como o fato de a genitora estar na condição de viúva**. Se casada com terceiro, é evidente que não se atende à intenção da lei e cria-se uma situação inusitada. O mesmo se diga no tocante aos embriões ditos excedentários do inciso IV.
(...) Nas inseminações após a morte, o Código não tocou diretamente no direito hereditário dos seres assim gerados, pois para a sucessão continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte.

Assim sendo, conclui-se que os filhos havidos de embriões excedentários, em teoria terão direito à herança, desde que seja respeitado os requisitos, quais sejam, autorização do *de cujus (post mortem)* à utilização do material para realização do procedimento de procriação e as mulheres que requererem tal procedimento devem estar na condição de viúva, bem como deverá ser respeitado os supracitados prazos, quais sejam, o de dois anos (utilização do material *post mortem*) e o prazo prescricional de dez anos (petição de herança).

Não somente, corroborando o citado direito à herança das proles advindas de embriões excedentários, preceitua a CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Logo, conclui-se que não há óbice ao direito de herança destes indivíduos póstumos. Porém, observa-se que a depender o filho não terá direito à herança,

como, p. ex., uma mãe que requer a utilização de embrião criopreservado há mais de 12 anos após a abertura da sucessão (intempestividade). Dessa forma, observa-se a existência de prazos que devem ser respeitados.

2.6.2. EFEITOS SUCESSÓRIOS NAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS (HETERÓLOGAS)

Em se tratando das famílias ectogenéticas heterólogas, observa-se que estas poderão se dar, a princípio, de três maneiras, quais sejam, pessoas solteiras, casais homoafetivos ou casais heteroafetivos. Na hipótese que envolver casal, faz-se imprescindível à autorização do respectivo par, vez que esta será o fundamento, i. e., a prova do vínculo jurídico gerado. Precipuamente, deve-se ater àquilo que for de melhor interesse para à criança, visto que não há norma própria para regular tal procedimento, devendo com isso o Poder Judiciário decidir ponderando às circunstâncias, como, p. ex., diante da colisão de princípios, lacunas etc.

Nesse contexto, segundo a Resolução 2.168/17 do CFM (2017, pág. 4), “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico”. Nota-se que o respectivo médico que guia todo o procedimento pode negar o início da reprodução, uma decisão puramente subjetiva.

Dessa forma, cabe expor sobre a possibilidade ou não sucessória dos filhos havidos pela reprodução heteróloga. O CC/02 expõe em seu art. 1.597 que, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Então, percebe-se o requisito da autorização, o que fará toda a diferença, em termos de legitimidade sucessória.

Moraes (2019, p. 112) ressalta que, presume-se na constância do casamento ou união estável, os filhos:

(...) havidos por inseminação artificial heteróloga, **desde que tenha prévia autorização do marido**: esse tipo de inseminação ocorre quando é utilizado o sêmen de terceira pessoa. **Para que a paternidade seja presumida na constância do casamento, basta a autorização do marido.** [grifo nosso]

Nesse sentido, sobre o art. 1.597, V do CC/02, Godoy (2020, pág. 1.764) dita que:

(...) inciso V – disciplina a inseminação heteróloga – aquela em que o gameta não é do marido –, possibilidade condicionada **exclusivamente à autorização prévia deste. O dispositivo não exige nem mesmo que a autorização seja dada por escrito**, bastando que seja prévia. **Comprovada a autorização, o marido não poderá negar a paternidade, prevalecendo, mais uma vez, a paternidade socioafetiva.** [grifo nosso]

Destaca-se portanto que, nessa técnica, o estado de filiação presente é o socioafetivo, isto é, a relação próxima constituída pelo vínculo afetivo e o estado de paternidade ou maternidade. Nesse contexto preleciona o art. 1.593 do CC/02, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Consoante Lobo (2019, p. 112):

(...) A diretriz vem traçada desde a Constituição de 1988: os filhos de qualquer origem são investidos nos mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, independentemente de serem matrimoniais ou extramatrimoniais, biológicos ou socioafetivos.

Nesse sentido, Cassettari (2017, p. 43):

(...) verifica-se que o cônjuge que não puder ter filhos devido aos seus gametas, **ao autorizar a reprodução heteróloga, terá um filho presumidamente seu, consoante o art. 1.597, V, do Código Civil**, e pela convivência, mesmo não tendo vínculo biológico com a criança fruto da inseminação, com ela irá criar laços de socioafetividade. [grifo meu]

Dessa maneira, dita o enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, **a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga** relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, **quer da paternidade socioafetiva**, fundada na posse do estado de filho. [grifo nosso]

Ainda, consoante o enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, **gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.** [grifo nosso]

Ademais, destaca-se a ênfase que o Conselho da Justiça Federal dá ao aspecto da autorização do marido. Acredita-se que tal relevância dada faz-se necessária para haver o mínimo de segurança jurídica entre os envolvidos. Percebe-se ainda que, tal permissão não precisa ser específica, como p. ex., por escrito, i. e., poderá ser escrita, verbal etc. Mas, devendo ser prévia à reprodução humana assistida. Com isso, haverá certa garantia dos direitos sucessórios e à paternidade da criança, salvo se for intempestivo.

Nesse diapasão, o enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil:

Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Ainda, Tartuce (2019, pág. 622) preleciona:

Mas, no caso em que não há dúvida quanto a essa autorização do marido para a inseminação heteróloga, a presunção deve ser visualizada como absoluta (*iure et de iure*), o que veda o comportamento contraditório do esposo, que, se arrependendo da autorização concedida, não quer registrar o filho nascido da reprodução assistida.

Assim sendo, aquele marido que autorizou, de qualquer forma, a RA heteróloga, não têm ou terá o direito de impugnar/contestar à paternidade da prole.

Não somente, expõe o enunciado 570 da VI Jornada de Direito Civil:

O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a *patre*" consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

Dessa forma, sendo a prole advinda de RHA heteróloga, reconhecida voluntariamente pelo marido/companheiro, forma-se em tal momento o vínculo jurídico de filiação. Logo, o filho terá todos os direitos que o filho consanguíneo têm.

Em adição, Moraes (2019, p. 112) leciona:

Importante destacar que não existe diferença se o parentesco é natural ou civil. Este último deve ser dividido em parentesco pela adoção ou pela reprodução humana assistida na modalidade heteróloga, situação que não foi prevista quando da elaboração do projeto do atual Código Civil. **Todavia, doutrina e jurisprudência resolveram esse problema, caso contrário, estar-se-ia diante de situação de discriminação em razão da origem do**

filho, um flagrante desrespeito ao princípio da igualdade entre filhos e do princípio da dignidade da pessoa humana. [grifo meu]

Porém, Tartuce (2019, p. 638) indaga e argumenta:

(...) na hipótese prevista no art. 1.597, inc. V, do CC (inseminação heteróloga), falecendo tanto o pai quanto a mãe que fizeram a inseminação, e estando desamparado o filho nascido pela fecundação heteróloga, este poderá pleitear alimentos do pai biológico, que forneceu o material genético? Cabe investigação de paternidade contra o doador do material? O filho terá direitos sucessórios em relação a esse pai biológico? A questão é demais controvertida, talvez a mais polêmica entre as aqui expostas. **O entendimento majoritário da doutrina é aquele consubstanciado no Enunciado n. 111 do CJF/STJ: “a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante”.** [grifo nosso]

Portanto, conclui-se que não há grandes problemáticas nessa modalidade no que tange os direitos sucessórios, visto a clareza dos fatos. Nesse diapasão, sobre o art. 1.798 do CC/02 supracitado, Godoy (2020, p. 2.193-2194 apud Ulhoa, 2003, p. 148-52) explica:

Nesta não se trata, propriamente, de presunção de paternidade, porque não há paternidade biológica. Cuida-se, isso sim, de paternidade estabelecida pela autorização do marido, não podendo ser por ele questionada após a fecundação consentida. **A criança resultante desse tipo de inseminação, por força dessa norma legal, por presunção absoluta, é filho do marido; e, como tal, estabelece-se potencial relação sucessória entre eles.** É a solução que se harmoniza com o art. 227, § 6o, da Constituição, preconizada por José Luiz Gavião de Almeida (op. cit., p. 104); [grifo meu]

Enfim, mesmo sem regulamentação específica, seguindo os ditames dos respectivos enunciados, provimento, resolução e princípios, entende-se que a prole terá todos os direitos sucessórios garantidos.

2.6.3. Efeitos sucessórios nas famílias ectogenéticas (gestação por substituição)

Primeiramente, nota-se que nesta espécie de família ectogenética poderá haver discussões a respeito de quem é a efetiva mãe da respectiva prole.

Para, Tartuce (2019, pág. 628):

(...) reconhecendo que a mãe, na gestação de substituição, será aquela que forneceu o material genético, em regra. Na verdade, **seria interessante uma norma legal específica para regulamentar a questão, uma vez que a aplicação por analogia das mesmas regras de presunção de paternidade mostra-se inviável**, na grande maioria das vezes. [grifo nosso]

Nesse sentido, Moraes (2019, p. 102) dita que:

(...) não há nenhuma dúvida e não existe motivo para discussão sobre a maternidade por substituição, pois ambos ensinam que mãe é aquela que dá à luz. Tais posicionamentos merecem todo o respeito, contudo devem ser afastados, pois **na maternidade por substituição a mãe é aquela que planejou e forneceu o material genético**. [grifo meu]

Outrossim, Tartuce (2019, pág. 616) afirma que, “a premissa adotada pelo Código Civil é que o vínculo de filiação se estabelece em relação àqueles que planejaram a técnica de reprodução assistida”.

Não somente, expressa o Provimento 63/2017 do CNJ:

Art. 14. **O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento**. [grifo nosso]

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Art. 16. § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, **devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação**. [grifo nosso]

Desse modo, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça também enfatizou no respectivo provimento o aspecto do esclarecimento das questões da filiação. Assim, conclui-se que poderá haver mais de duas “mães” na execução de tal técnica, mas, somente no máximo duas figuras femininas poderão figurar no assento de nascimento da criança, em vista da limitação do supracitado dispositivo (art. 14).

Por fim, conclui-se que os filhos havidos por tal técnica farão jus aos direitos sucessórios que lhes dizem respeito, ou seja, irão suceder sobre os ascendentes incluídos em seu assento de nascimento, visto que a socioafetividade é análogo à consanguinidade, isto é, aquela atribui os mesmos direitos desta.

2.7 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Primeiramente, sabe-se que nas relações familiares, hodiernamente, em consequência das evoluções sociais, biotecnológicas e da medicina, existem duas espécies de parentesco/filiação, quais sejam, a consanguínea (sangue) e a socioafetiva (afeto), aspecto este consagrado pelo Direito de Família e capaz de estabelecer vínculo jurídico.

Nota-se que entre estas modalidades, não deve haver distinção ou discriminação, sobre qualquer hipótese e condição, com fundamento na Constituição Federal vigente, “art. 227 § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ademais, como já dito, preleciona o CC/02, em seu art. 1.593. “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Não somente, destaca-se que o mesmo ordenamento jurídico (art. 1.596) dispõe que, “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Isto posto, percebe-se que é de grande relevância abordar as consequências jurídicas que estas técnicas de reprodução humana podem acarretar. Nota-se que nas relações de filiação socioafetiva, de igual modo na relação consanguínea, as proles havidas terão os mesmos direitos, inclusive patrimoniais. Nesse contexto, observa-se que o CC/02 trata a temática de forma muito superficial. Além disso, é notório que na utilização de técnicas heterólogas, aplica-se as normas que aplicam-se à adoção. Ademais, nota-se que por não haver regulamentação específica, o dispositivo 1.597 do CC/02 tem aplicação geral sobre as técnicas de RA.

Destaca-se que o art. 1.597 do CC/02 aponta somente o casamento, porém, aplica-se o art. 226, § 3º da CF/88 e o art. 1.723 do CC/02, que reconhece também a família informal, entendendo-se que tal presunção aplica-se à união estável. Em se tratando da imprescindível autorização, observa-se que a doutrina diverge no que tange a forma da autorização, se deve ser escrita ou verbal. Entretanto, entende-se que ela deve ser prévia à sujeição das respectivas técnicas.

Nesse sentido, dispõe o enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, **gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.** [grifo meu]

Em adição, o enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil expõe que:

Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Não somente, Venosa (2019, p. 272) preleciona:

Questão primeira que se desloca para o campo jurídico é que se **a inseminação heteróloga deu-se sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade.** Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu. Nesse sentido se coloca o inciso V, do art. 1.597, do atual Código. A lei brasileira passa a resolver expressamente essa questão. **A lei não esclarece ainda, porém, de que forma deve ser dada essa autorização.** Por outro lado, **a nova lei civil fala em “autorização prévia”,** dando a entender que o ato não pode ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, o que não se afigura verdadeiro. [grifo meu]

Ainda, o enunciado 341 da IV Jornada de Direito Civil, externa que “para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Além disso, sobre os pais socioafetivos incidirá o art. 1.634 do CC/02:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Portanto, percebe-se que há a incidência também do art. 229 da CF/88, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Nesse diapasão, Cassettari (2017, p. 87-88):

(...) no que tange à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, **conclui-se que serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito.** [grifo nosso]

Por conseguinte, observa-se que sobre as reproduções heterólogas há discussões a respeito da possibilidade da prole conhecer sua origem genética. A partir do princípio do direito de personalidade, compreende-se que é possível a pessoa saber sua origem genética, o que diferencia-se da investigação de paternidade, que gera o estado de filiação. Entretanto, tal conhecimento pela prole, sobre sua origem genética, afronta o dever de sigilo dos doadores do respectivo material genético.

Nesse sentido, expõe o título IV da Resolução 2.168/17 do CFM:

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador (a).

Logo, depara-se com outra grande incongruência relativa à temática, ficando cristalino à necessidade de regulamentação específica urgente. Em adição, consoante o art. 186 do CC/02, percebe-se que, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Dessa forma, observa-se à aplicação de tal dispositivo às relações familiares.

Dessa forma, Moraes (2019, p. 150) leciona:

O direito de família não está alheio ao campo da responsabilidade civil e as relações familiares não podem ser vistas como uma área livre para condutas danosas, por isso, devem-se aplicar os princípios da responsabilidade civil também no âmbito familiar.

Dessa forma, constata-se que na hipótese do nascituro, até mesmo o embrião, e obviamente as proles nascidas, acaso sofrerem qualquer tipo de dano, como, p. ex., omissão de paternidade, abandono afetivo, dentre outros, poderá haver a responsabilização civil, ensejando o dever de reparação (MORAES, 2019).

Nesse sentido, Moraes (2019, 153-154) expõe:

(...) são inúmeros os danos que embrião, nascituro e o filho podem sofrer em razão da péssima utilização das técnicas de reprodução humana assistida, pela má conduta dos pais ou de terceiros. Os danos causados ao embrião, ao nascituro e a criança devem ser reparados? Resposta: Sim. Se, por acaso, os autores dos danos forem seus genitores, a resposta seria a mesma? Sim. Os pressupostos da responsabilidade civil são bem específicos e não exigem muita interpretação, são eles: ação, dano, nexos causal e culpa. Não existindo nenhuma condição excludente, o autor do dano deve indenizar o lesado.

Ainda, consoante Moraes (2019, p. 157):

O direito à vida e à integridade física é garantido a todo ser humano (embrião, nascituro e pessoa nascida). Trata-se de uma garantia constitucional que deve ser tutelada desde a concepção, inclusive quando ela ocorre por meio das técnicas de reprodução humana assistida. Quando esses direitos são transgredidos a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro preveem a indenização por danos materiais ou morais por qualquer lesão ou outra ofensa à saúde do ofendido, seja ele o embrião, o nascituro ou a pessoa viva.

Portanto, observa-se que apesar da não regulamentação específica sobre a matéria, o ordenamento jurídico brasileiro possui lei para punir aqueles que gerarem qualquer dano às futuras e já havidas proles.

No tocante o abandono de embrião, Moraes (2019, p. 161) afirma:

Todos os filhos provenientes das técnicas de reprodução humana assistida devem ser assessorados em todas as suas necessidades, independentemente de terem sido introduzidos ou não no ventre, reflexo do que se exige de uma paternidade responsável. Os pais são responsáveis por todas as fases de desenvolvimento do filho, que começa na fecundação (natural ou mecânica) e se estende pelo menos até a maioridade.

Enfim, conclui-se que, apesar de não existir regulamentação específica, haverá responsabilidade civil, e possivelmente, criminal. Assim, acaso os autores do planejamento familiar gerar algum dano à prole, ou se forem omissos em qualquer dos deveres inerentes à paternidade/maternidade, serão devidamente responsabilizados.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A princípio, nota-se que, para o instituto familiar contemporâneo existe um conceito geral, qual seja, todo o grupo de pessoas que habitam na mesma residência ou que têm uma ancestralidade comum, também formando-se pelo casamento, união estável, filiação, pela adoção etc.

No tocante a evolução do instituto familiar, percebe-se a ocorrência de várias transformações, isto é, passando pela ginecocracia (mãe era a chefe e única genitora presente - família monoparental), era patriarcal (o pai era o que alimentava e chefiava a família) e pela época cristã (descentralização da figura do pai e da mãe), na qual desenvolvera os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros), se dando tais modificações por diversos motivos, como, p. ex., evolução social, econômica e tecnológica.

Com a migração dos povos pra às cidades, em busca de oportunidade, às pessoas se aproximaram mais, gerando relações baseadas no afeto. A partir do séc. XX, com as transformações (inversão dos papéis nos lares, revolução sexual etc) ocorridas, a configuração familiar foi se diversificando, até que, em tempos de pós modernidade, observa-se a existência de quatorze arranjos familiares. Com isso, destaca-se, contemporaneamente os elementos da socioafetividade (filiação que parte do pressuposto afetivo – sem vínculo biológico + afeto) e da afetividade (relações criadas pelo afeto/convivência).

A Constituição Federal de 1988 (cidadã/democrática) trouxe em seus ditames, a total liberdade para o cidadão planejar sua família. E como a CF/88 é o livro que encontra-se no mais alto ponto da pirâmide de Kelsen, não pode ser desrespeitada em detrimento de outros dispositivos, sendo uma norma exemplificativa o artigo 226, § 7º. Dessa maneira, destaca-se a família ectogenética (prole gerada mediante RHA).

No tocante a reprodução humana assistida, observa-se a utilização do material genético do companheiro(a) (RHA homóloga) ou de terceiros (banco de doações – RHA heteróloga). Por não haver lei infraconstitucional que a regule, existem as normas infralegais, que de modo não muito efetivo, ditam normas secundárias que a princípio devem ser obedecidas diante da utilização de tal técnica.

Destaca-se que, somente a Resolução 2.168/17 do CFM trata minuciosamente, sem abrangência integral, sobre limitações, possibilidades e protocolos a serem seguidos pelos pacientes e médicos. Há também o Provimento 63/17 do CNJ, que não trata minuciosamente sobre a matéria, trata somente de aspectos relacionados ao registro da prole. Ademais, percebe-se que o Código Civil de 2002 também não trata da utilização de tal método como deveria, visto que é notório a existência de lacunas nesse campo jurídico, e, com isso, sobrevém a insegurança jurídica.

Diante de tais lacunas, observa-se a RHA homóloga póstuma, a qual externa problemas jurídicos, vez que a mulher viúva, poderá utilizar o material genético do ex companheiro, após sua morte, sem prévia autorização, o que gera impasses no ramo sucessório.

No que tange a inseminação heteróloga, observa-se que deve haver acompanhamento psicológico para que o pai socioafetivo não abandone à prole e para prevenir outros possíveis problemas. Ainda, nota-se que o companheiro que autorizou o procedimento heterólogo, não poderá contestar a paternidade, ao passo que não autorizando poderá impugná-la/contestá-la. Quanto a utilização dessa técnica, deve-se destacar que, consoante o art. 17, § 3º do Provimento 63/17 do CNJ, caso a prole venha a conhecer sua ascendência biológica, não cria reconhecimento de vínculo parental ou qualquer efeito jurídico entre o doador e a prole.

Ademais, destaca-se a existência de limitações contidas na resolução do CFM, ou seja, limitação à transferência de somente quatro embriões, os viáveis restantes são criopreservados, por conseguinte, tornando-se os excedentários. No Brasil a RHA não pode ser utilizada para escolher o sexo, características fenotípicas, ou outros atributos, exceto/salvo para evitar doenças. Nas doações de gametas ou embriões não pode haver contraprestação pecuniária ou de outro tipo. Não somente, mas uma das mais importantes, quando os pacientes forem criopreservar seus gametas ou embriões, eles deverão manifestar por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos e se desejam doar, se sim, quando. Além disso, observa-se que essa técnica é muito vantajosa, vez que, pessoas enfermas podem criopreservar seus materiais

genéticos antes de se submeterem à tratamentos que causam problemas reprodutores.

Em se tratando da fecundação póstuma, entende-se que esta é a formação do embrião (o sêmen fecunda o óvulo) após a morte do *de cuius*, isto é, após o falecimento do dono do respectivo gameta criopreservado.

No Brasil não é proibida, nem expressamente permitida por lei infraconstitucional, porém, a resolução (norma infralegal) 2.168/17 do CFM trata da questão especificamente, expressando que a reprodução póstuma pode acontecer na condição de haver prévia autorização do(a) falecido(a) para a utilização do seu material genético. Contudo, em não havendo legislação infraconstitucional específica, os magistrados seguem decidindo da forma que acham conveniente, e, percebe-se que, por vezes, magistrados estão expedindo liminares no sentido positivo à utilização do respectivo material genético criopreservado, mesmo sem a autorização do *de cuius*.

A respeito, nota-se a existência de duas correntes, quais sejam, a primeira concorda com a possibilidade da utilização da fecundação póstuma, embasando-se no argumento que a legislação não a proíbe e a existente liberdade para procriar (direito ao projeto parental). A segunda discorda da possibilidade da fecundação póstuma, alegando a transgressão de princípios como o do melhor interesse da criança, adolescente e jovem, afirmando que devem ser negados os pedidos desta. Entendo que a primeira corrente deve prevalecer, visto que há maneiras de desviar dos malefícios da situação, como, p. ex., tratamento psicológico, além de coadunarse com o direito fundamental do livre planejamento familiar.

Não somente, sendo apurado de alguma forma a vontade do *de cuius*, quando não houver autorização prévia, e, posteriormente constatado o intuito subjetivo realmente positivo do(a) falecido(a), à proceder com a geração da prole quando em vida, não restará dúvidas ou óbice quanto sua procedência por conta da viúva(o).

No tocante a gravidez por substituição, entende-se por esta a técnica na qual uma mulher alheia ao casal ou a pessoa una (família unipessoal), carrega em seu útero, até o nascimento, filho esperado por aqueles ou aquele que projetou a configuração familiar. Tal técnica exige, de forma infralegal, que exista um contrato de gestação, o qual conterà todas as questões pertinentes imprescindíveis, como p. ex., a titularidade materna, despesas etc. Destaca-se que, a princípio, essa técnica

deve ser utilizada quando a autora do planejamento familiar tiver algum empecilho para engravidar ou possui problemas quanto à gestação.

Nesse contexto, destaca-se que tal técnica só pode ser utilizada quando apurada a comprovação da necessidade de sua utilização e com o consentimento do cônjuge, quando houver. Percebe-se que no Brasil é vedado qualquer forma de contraprestação, em específico a pecuniária e qualquer prática comercial. Logo, considerar-se-á nulo todo e qualquer contrato oneroso.

Em adição, destaca-se que, a cedente do útero, a princípio, deve ser da família do casal ou da pessoa solteira autora do planejamento familiar, até o quarto grau (primeiro grau mãe/filha; segundo grau avó/irmã; terceiro grau tia/sobrinha; quarto grau prima), porém, nada impede que, caso não exista essa parente, que o(a) interessado(a) procure o Conselho Regional de Medicina ou em instância superior, CFM, para procedência com mulher que não da família.

Sobre a gravidez por substituição, constata-se que há discussões a respeito da maternidade (social, gestacional e biológica), isto é, a mãe biológica é a que teve o óvulo fecundado, contudo, nos tempos pós moderno, em efeito da socioafetividade, considerar-se-á mãe a que planejou a gravidez (planejamento familiar), a mãe gestacional é a cedente do útero.

Sobre essa discussão, percebe-se que a resolução do CFM dita sobre o protocolo a ser seguido no tocante o contrato de gestação, como supracitado. Indaga-se: quem é a mãe da prole, i. e., quem têm/terá a titularidade materna? Pode acontecer da cedente do útero querer ficar com a criança e criá-la, até pelo estado puerperal ou depressão pós parto, que abala o psicológico da parturiente. Dessa forma, não havendo contrato de gestação, com as devidas estipulações, a decisão do magistrado será puramente subjetiva, vez que deverá declarar a titularidade da guarda da criança.

Além disso, observa-se a existência de lacunas quanto aos efeitos sucessórios nas famílias ectogenéticas, residindo aqui grande parte do problema/questão levantada na presente obra. Sucessão é a transmissão da titularidade dos direitos e obrigações do indivíduo que faleceu. Esta pode ser legal/legítimo (herdeiro universal) ou testamentária (herdeiro singular/legatário).

Outrossim, observa-se que, o que aqui importa é a figura da prole, ou seja, o descendente consanguíneo ou socioafetivo, não havendo hodiernamente qualquer diferença entre filho biológico ou socioafetivo, logo, fazem jus à herança. Destaca-se

que qualquer discriminação quanto à legitimidade para suceder infringe o art. 227, § 6º da CF/88. Percebe-se que legitimidade a prole têm/terá (não há dúvidas), mas poderá ser intempestivo o pedido para suceder.

Nesse campo nota-se à incompatibilidade de dispositivos dentro do CC/02, vide os artigos 1.597, III e IV, 1.798 e 1.799, I (incongruência legal). Daí a lacuna: os filhos havidos pela fecundação póstuma, de que maneira farão jus à herança? se a qualquer tempo pode utilizar dessa técnica.

Dessa forma, observa-se a existência de três teorias tratadas pelo Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: a primeira, teoria natalista, que dita que a personalidade jurídica só começa a partir do nascimento com vida. Assim, o nascituro possui apenas "mera expectativa de direitos". A segunda, teoria concepcionista, que externa que a personalidade jurídica se inicia com a concepção, embora certos direitos serem exercitáveis somente após o nascimento com vida, como, p. ex., a herança (momento da fecundação do óvulo e início da gravidez), sendo esta teoria contemporaneamente mais usada pelo Superior Tribunal de Justiça. E, a terceira, a teoria da personalidade condicional, que exprime que a personalidade tem início com a concepção (condição suspensiva - o nascimento com vida), lhes sendo assegurados certos direitos.

Assim sendo, é notório, no próprio CC/02, dispositivo que possivelmente resolverá impasses, a depender do caso, isto é, o art. 1.800, § 4º do CC/02 (prazo de 2 (dois) anos, contados da abertura da sucessão, para que seja utilizado o material genético criopreservado - em teoria, se não utilizado no prazo, os respectivos bens serão repartilhados aos herdeiros legítimos) e o art. 205 do mesmo código (prazo prescricional de 10 (dez) anos para impetrar a petição de herança). Dessa forma, constata-se que o objetivo geral e específico fora alcançado e a metodologia utilizada foi suficiente.

Não somente, nota-se que, a corrente que entende pela impossibilidade da fecundação póstuma justifica-se na insegurança jurídica, vez que a partilha nunca será definitiva, pois a qualquer momento poderá gerar outro filho, não havendo limites a serem respeitados nesse tocante.

Desse modo, constata-se que a corrente concepcionista (usada por doutrinadores contemporâneos) defende a possibilidade sucessória das proles póstumas. Essa corrente embasa-se no princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Contudo, constata-se que não há entendimento pacificado, mas, para a

utilização do material genético sem ter que acionar o judiciário, deverá haver prévia autorização do *de cuius* e, a mulher deve estar na condição de viúva (enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil). Sem autorização a clínica possivelmente negará a procedência.

Em se tratando dos embriões excedentários, nota-se que há discussões sobre, no tocante o tempo que eles podem ficar congelados. Há doutrinadores que expressam que estes são tratados como simples objeto. Mas, como se depreende, de fato eles são objetos de direito (consoante a fala de ministro do STF) de pacientes.

Em adição, destaca-se que, nas sociedades conjugais dissolvidas pelo divórcio, que criopreservaram seus materiais genéticos, a autorização prévia poderá ser revogada, desde que antes do início do procedimento de implantação.

Destarte, observa-se que, a depender, o filho não terá direito à herança, como, p. ex., uma mãe que requer a utilização de embrião criopreservado há mais de 12 anos após a abertura da sucessão (sucessão intempestiva). Logo, destaca-se que existem prazos, que devem ser cumpridos.

Além disso, no que tange os efeitos sucessórios nas famílias ectogenéticas heterólogas, entende-se que esta pode se dar com pessoas solteiras, casais homoafetivos ou casais heteroafetivos. Nos dois primeiros casos o médico pode se opor a proceder com o tratamento, algo muito subjetivo. Nos casos que envolver casais, faz-se imprescindível à autorização do respectivo companheiro, vez que esta será o fundamento, i. e., a prova do vínculo jurídico gerado (paternidade/maternidade - vínculo jurídico da filiação).

Ademais, consoante o enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil, não cabe o direito de contestar a paternidade caso haja autorização. Dessa maneira, compreende-se que o Conselho da Justiça Federal dá ênfase à autorização em seus enunciados tão somente para que haja o mínimo de segurança jurídica.

Nesse contexto, o doutrinador Flávio Tartuce indaga: se falecer o pai e a mãe que fizeram a inseminação, e estando desamparado o filho nascido pela fecundação heteróloga, ele poderá pleitear alimentos do pai biológico (doador do gameta)? Cabe investigação de paternidade contra o doador do material? O filho terá direitos sucessórios em relação a esse pai biológico? O entendimento majoritário é aquele consubstanciado no enunciado nº 111 do Conselho da Justiça Federal, ao expor que

a técnica conceptiva heteróloga sequer gerará qualquer o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Além disso, entende-se que a partir do princípio do direito de personalidade, é possível a pessoa saber sua origem genética, o que diferencia-se da investigação de paternidade, que gera estado de filiação. Entretanto, tal ciência pelo filho, sobre sua origem genética, afronta o dever de sigilo dos doadores do respectivo material genético.

Em adição, sobre os efeitos sucessórios nas famílias ectogenéticas (barriga de aluguel/gestação por substituição), nota-se que poderá haver mais de duas “mães” na execução de tal técnica, mas, consoante o provimento 63/17, entende-se que somente duas figuras femininas poderão figurar no assento de nascimento da criança, em vista da limitação do art. 14 do supracitado provimento.

Assim sendo, os filhos havidos por tal técnica farão jus aos direitos sucessórios sobre os ascendentes incluídos em seu assento de nascimento. Isso pelo fato da socioafetividade ser análogo à consanguinidade, garantindo os mesmo direitos às proles.

Outrossim, tratando-se das consequências jurídicas, percebe-se que a socioafetividade estabelece vínculo jurídico, não devendo haver discriminação quanto as filiações biológicas ou não, vez que tal discriminação é inconstitucional. Dessa maneira, os pais socioafetivos possuem os mesmos deveres do art. 1604 do CC/02, i. e., criar, educar, exercer a guarda unilateral ou compartilhada etc (mesmos deveres do pai biológico).

Não somente, destaca-se que a responsabilidade civil é perceptível no direito de família, visto que caso o pai de qualquer modalidade causar qualquer dano, físico ou moral à prole (abandono afetivo, negligência etc) responderão civilmente, podendo ser condenado à reparação civil. Logo, percebe-se a possibilidade da condenação na seara cível e criminal, como, p. ex., sonegação de estado de filiação (abandono material) etc. Portanto, os pais deverão ser extremamente firmes e responsáveis para com aquilo que planejaram e almejaram.

No tocante a corrente doutrinária majoritária, acerca da possibilidade da utilização do material genético *post mortem* e, sobre a possibilidade da prole concorrer à herança legalmente ou testamentária, entende-se que é possível, desde de que seja respeitado os prazos existentes supracitados. Contudo, há discussões sobre qual teoria deve ser aplicada, o que dependerá somente do magistrado e as

circunstâncias por ele avaliadas, apesar do STJ hodiernamente estar aplicando a teoria concepcionista.

Entendo ser mais plausível a aplicação da teoria concepcionista, que resguardará os direitos do nascituro até seu nascimento, com isso preserva-se os princípios constitucionais do melhor interesse da criança, isonomia entre os filhos, direito à sucessão etc. Princípios estes que estão acima do princípio da coexistência (herdeiro coexistir no momento da morte do *de cujus*).

Em síntese, observa-se que uma possível solução efetiva seria a revogação do art. 1.798 do CC/02, aditar um parágrafo único ao art. 1.798 (incluindo hipótese da inseminação *post mortem* explicitamente com os direitos sucessórios da futura prole), retificar os artigos 1.799, I e 1.597, IV do CC/02, visto que entram em contradição, e/ou, a elaboração de norma primária específica, de grande abrangência.

Dessa forma, conclui-se que o projeto executado angariou o maior número de informações pertinentes possíveis, o que permitiu a ampliação da compreensão da temática. Logo, sendo perceptível que o problema, isto é, às lacunas ainda existentes se dão tão somente pela inércia do poder legislativo. Assim, resta claro que, por essa falta normativa ocorre a judicialização (aplicação constante do art. 4 da LINDB), com isso a insegurança jurídica.

Nota-se que há discussões sobre a possibilidade ou não da utilização do material genético após a morte do *de cujus* (RHA homóloga) e, por conseguinte, se a prole terá ou não o direito à suceder seu ascendente. Assim sendo, conclui-se que é possível filhos havidos *post mortem* na RHA homóloga e que estes terão segurança jurídica sobre os respectivos direitos sucessórios, desde que respeitados os prazos do § 4º do art. 1.800 e art. 205 do CCB/02. Doutrinariamente, percebe-se que não há entendimento firmado sobre a sucessão na modalidade homóloga póstuma, sendo aplicada por vezes a teoria concepcionista entre os doutrinadores contemporâneos.

Dessa maneira, a doutrina discorda quando um posicionamento expressa não ser possível à utilização do material genético do *de cujus* caso não haja autorização expressa, não gerando sequer direitos sucessórios à futura prole, mesmo na condição de herdeiro testamentário, fundamentando-se no art. 1.799, I do CCB/02 (teoria natalista) e a outra corrente contradizendo ser possível à sucessão dos filhos

havidos *post mortem*, ou seja, aqueles filhos gerados ou implantados no útero após a morte do *de cuius* (teoria concepcionista).

Enfim, o companheiro(a) deve previamente autorizar à utilização dos materiais genéticos criopreservados, contendo às hipóteses futuras (destinação etc). Destaca-se que, a futura prole deverá requerer seu direito à herança mediante petição da mesma, caso não haja previsão em testamento, devendo ser respeitados os prazos legais.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, observa-se que antigamente as constituições familiares limitavam-se há só um formato, visto que, os laços familiares se fundavam somente sob os aspectos consanguíneos. No entanto, hodiernamente, após inúmeras transformações sociais, percebe-se que, existem quatorze arranjos familiares, vez que a sociedade encontra-se em constante evolução social, o que fez e faz com que às relações se modifiquem, consolidando seus laços familiares mediante o afeto e a socioafetividade. Além disso, destaca-se que tais variados tipos familiares têm fundamento no art. 226, § 7º da CRFB/88, visto que tal dispositivo dá o direito/liberdade ao cidadão a planejar a configuração de sua família.

Ademais, em se tratando das modalidades familiares, destaca-se a família ectogenética. Esse arranjo familiar conceitua-se naquelas famílias em que têm sua prole gerada através de alguma técnica de Reprodução Humana Assistida. A reprodução supracitada pode ser homóloga (utiliza-se do material genético do próprio casal – sêmen do marido e óvulo da esposa) ou heteróloga (utiliza-se do material genético de terceiros, como, p. ex., óvulo da esposa e sêmen advindo de banco de doações etc).

Acontece que, a inércia legislativa específica sobre a questão, gera o fenômeno da judicialização, bem como a sobrecarga desnecessária do Poder Judiciário, visto que há leis infralegais que tratam especificamente o conteúdo, contudo, por vezes não são respeitadas. Por conseguinte, abre-se margens substanciais para presenciar-se injustiças. Dessa maneira, com lacunas e contradições presentes no CCB/02, nota-se que, às discussões, i. e., entendimentos não consolidados na doutrina e jurisprudência, encontra-se na possibilidade ou não da utilização do material genético após a morte do *de cuius* (RHA homóloga) e, por conseguinte, se a prole tem ou não legitimidade para suceder seu ascendente, e, em se tratando da RHA heteróloga, percebe-se que há controvérsias quanto a possibilidade do filho conhecer a identidade do doador do material genético (pais biológicos) e, assim sendo, se terá legitimidade sucessória.

Dessa maneira, destaca-se as contradições contidas nos artigos 1.798 *caput* e 1.597, III e IV, 1.597, IV e 1.799, I do CCB/02. Assim, a presente obra buscou mediante pesquisa bibliográfica e analítica, possíveis/hipotéticas soluções para a temática.

Ainda, em se tratando da família em estudo, observa-se que nas leis infraconstitucionais e infralegais, constam o dever de haver prévia autorização do *de cuius* sobre a destinação do material genético criopreservado para sua utilização, contudo, pelo fato de clínicas não instruírem seus pacientes sobre a ciência do que fazer com seus gametas ou embriões nas previstas hipóteses futuras, o judiciário acaba decidindo algo que deveria ser expressado pelo dono do respectivo material genético.

Não somente, embasando-se em princípios constitucionais, como, p. ex., da dignidade da pessoa humana e isonomia entre os filhos, entende-se que, os filhos havidos *post mortem* na RHA homóloga terá direitos sucessórios, desde que respeitados os prazos do § 4º do art. 1.800 e art. 205 do CCB/02.

Todavia, não há entendimento unânime firmado, visto que existem posicionamentos que entendem que a prole não tem legitimidade legal nem testamentária para suceder seu descendente (teoria natalista), ao passo que há corrente que defende o direito dos filhos, i. e., que a prole tem legitimidade para suceder de qualquer forma (teoria concepcionista).

Enfim, resta cristalino que tais discussões irão permanecer, em vista da falta de regulamentação específica. Dessa maneira, conclui-se que a melhor forma para desembaraçar-se diante de tais lacunas é utilizar do art. 4º da LINDB, i. e., utilizar-se dos costumes, analogia e aplicação dos princípios, destacando-se que os princípios constitucionais são soberanos quanto os infraconstitucionais e infralegais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Biblioteca virtual da UNILAVRAS. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520464328/cfi/2207!/4/4@0.00:18.6>>. Acessado em: 15 de março de 2020.

_____. **Código Civil** (2002). Site do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acessado em: 25 de março de 2020.

_____. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL – JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados>>. Acessado em: 22 de março de 2020.

_____. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. PESQUISA. Resolução nº. 2.168, de novembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acessado em: 02 de abril de 2020.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PESQUISA. Provimento nº. 63/2017 de 14 de novembro de 2017. **Enunciados**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>>. Acessado em: 12 de março de 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Dispositivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 22 de março de 2020.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990. Dispositivos. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 22 de março de 2020.

_____. Lei nº. 4647 de 4 de set. de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acessado em: 13 de março de 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial, nº 1.183.378 - RS** (2010/0036663-8) de 01 de fevereiro de 2012. . Direito de Família. Quarta turma. Ministro Relator, Luis Felipe Salomão. Julgado em: 25/10/2011. Publicado em:

01/02/2012. **Jurisprudência.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acessado em: 20 de março de 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 3. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6: Direito das sucessões

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação de Conhecimento.** Acórdão nº 820873. 20080111493002 APC. Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA. Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA. Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 3/9/2014, publicado no DJE: 23/9/2014. DF. **Jurisprudência.** Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acessado em: 20 de março de 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência...** [et al.]; coordenação Cezar Peluso. - 14. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos,** cit., p. 66-67 . 1995.

LOBO, Paulo. **Direito civil: volume 6: sucessões.** 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MÁRIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões** – vol. VI. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões** – vol. VI. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. – 27. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARTINS, Judith – Costa; MOLLER, LUDWIG, Letícia; AVANCINI, Cristiane Alves... [et al.]. **Bioética e responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Estão por outrem e determinação da maternidade (mãe de aluguel)**. Curitiba: Gênese, 1998. p. 69-70.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019.

PUCCINELLI, André Júnior. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Ícones do direito).

ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental**. cit., 2013 p. 143.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível, nº 70029363918**. (SEGREDO DE JUSTIÇA)(Apelação Cível, Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em: 07-05-2009). **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19947488/apelacao-civel-ac-70040612079-rs/inteiro-teor-19947489?ref=juris-tabs>>. Acessado em: 14 de março de 2020.

ROBERTO, Carlos Gonçalves. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENISE, Roberto Lisboa. **Manual de direito civil. v. 5: direito de família e sucessões**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Manual de direito civil: volume único**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 6 : direito de família**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões** – v. 5. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Direito Civil: família e sucessões.** 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.