



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inexistência de relações de parentesco advindas da inseminação artificial

Mirna Barbosa de Oliveira

Rio de Janeiro
2012

MIRNA BARBOSA DE OLIVEIRA

A inexistência de relações de parentesco advindas da inseminação artificial

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A INEXISTÊNCIA DE RELAÇÕES DE PARENTESCO ADVINDAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Mirna Barbosa de Oliveira

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O presente artigo nega a existência de relações de parentesco advindas da utilização das técnicas de reprodução assistida, e o surgimento de direitos e obrigações para os envolvidos. Com a crescente utilização dessas técnicas, aumentam-se os questionamentos sobre a relação que possa existir entre os doadores de material genético, esse estando vivo ou morto, e a criança gerada. Porém, tratando-se de geração por meios artificiais não há que se falar em paternidade, maternidade e filiação, pois a única relação existente é a genética. Portanto, os envolvidos diretamente nesse processo de inseminação artificial, devem ter o seu direito ao anonimato resguardado por leis que tratem diretamente do tema, para que futuramente não sejam surpreendidos por ações que contestem um vínculo entre eles.

Palavras-chave: Inseminação Artificial. Relação de Parentesco. Direitos e Obrigações. Origem Biológica. Direito ao Anonimato. Legislação Específica.

Sumário: Introdução. 1. Técnicas de Reprodução Assistida. 1.1. Aspectos da inseminação artificial *post mortem*. 2. Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga. 2.1. Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2. Conhecimento da origem biológica x anonimato do doador. 2.3 Inexistência de relações de parentesco advindas da inseminação artificial heteróloga. 3. Os direitos sucessórios e alimentares advindos da inseminação heteróloga. 4. Necessidade de legislação específica sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os avanços científicos de manipulação genética popularizam a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homologa e heteróloga, a comercialização de óvulos ou espermatozoides e a locação de útero. Tais técnicas são espécies da chamada reprodução assistida, ou seja, há uma intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Porém, o uso cada vez mais frequente dessas técnicas pode acarretar problemas sociais e jurídicos, envolvendo uma possível existência de relação de parentesco entre os envolvidos no processo. Nesse contexto, a principal problemática que decorre do uso de material genético de terceiro, reveste-se nas perguntas: pode o doador requerer a paternidade ou maternidade? A criança gerada tem o direito de ver reconhecida a sua origem genética?

Apresenta-se, portanto, um conflito entre o interesse dos pais sócioafetivos de realizarem o seu sonho de terem um filho sem que haja uma preocupação constante com um futuro reconhecimento de vínculo parental com o doador do material genético, e ainda, o interesse do doador de manter preservado o seu anonimato, já que no momento da doação do material genético, o doador não assume um compromisso de manter qualquer espécie de vínculo com a mãe ou com o concebido, encarando o processo apenas como um agente auxiliador na concretização do desejo de uma mulher em conceber um filho sem a presença de uma figura paterna, ou, ainda, com o intuito de ajudar em problemas de fertilidade.

O Direito brasileiro não acompanhou a evolução dos métodos de reprodução e simplesmente não previu soluções jurídicas para casos que, hoje, podem se tornar mais comuns e ainda são omissos no ordenamento jurídico. Com o advento do novo Código Civil, esperava-se soluções, no entanto, elas não vieram. No seu art. 1597, que trata sobre o estabelecimento da filiação, não houve efetivamente a resolução do problema ficando a reprodução heteróloga novamente sem regulamentação.

O Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas determina que há um problema a ser resolvido e tenta trazer uma solução ao aspecto da paternidade. Porém essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, merece ser regulada por lei específica, que ainda é inexistente no ordenamento jurídico.

Diante da contraposição de direitos apresentada, o trabalho discorrerá na tentativa de estabelecer a prevalência que parece mais cabível aos olhos da razoabilidade, tendo como

objeto os problemas jurídicos advindos do avanço das técnicas de reprodução humana, que serão tratados nos tópicos seguintes.

1. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL

A reprodução assistida deve ser entendida como um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Essa dificuldades, como a infertilidade do casal ou de um de seus membros, muitas vezes, podem trazer sérios prejuízos ao relacionamento conjugal.

O uso dessa técnica vem crescendo em razão dos grandes avanços científicos na área de manipulação genética. Porém, para todo desenvolvimento existem mudanças que geram problemas, e estes problemas tendem a desaguar na esfera jurídica.

As técnicas amplamente utilizadas são a inseminação intra-uterina (IIU), a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Estes procedimentos podem ser realizados com os gametas do casal ou, em casos de esterilidade ou de transmissão de doenças dominantes, pode-se utilizar espermatozoides de banco de sêmen ou óvulos doados. No Brasil ainda não há disponível banco de óvulos.

A inseminação intra-uterina consiste em depositar os espermatozoides, previamente capacitados em laboratório, no interior do útero, para que haja a fecundação, usando meios artificiais em vez de cópula natural. Na fertilização *in vitro* a fecundação ocorre no exterior do corpo feminino, em laboratório, esta técnica, é ainda denominada “bebé-proveta”.

Já na injeção intracitoplasmática de espermatozoides, há a injeção de um único espermatozoide diretamente dentro do óvulo, com auxílio de micromanipuladores unidos ao microscópio, fomentando assim a fecundação.

A depender da origem do gameta a inseminação poderá ser heteróloga quando o material genético utilizado é doado por terceira pessoa, e homóloga quando há utilização de gametas do próprio casal. A inseminação homóloga poderá ocorrer após a morte do doador, ocorrendo a chamada inseminação *post mortem*.

Segundo Maria Helena Diniz :

Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, má-formação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc. Será homóloga se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material fecundante for de terceiro, que é o doador.¹

De acordo com o Enunciado 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil "as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1.597, deverão ser interpretadas como técnica de reprodução assistida". Assim, conclui-se que as expressões devem ser consideradas espécies do mesmo gênero.

Traçados esses conceitos, passa-se a analisar alguns aspectos relacionados à inseminação artificial homóloga *post mortem*.

1.1. ASPECTOS DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

O artigo 1.597 do Código Civil, que trata da presunção de paternidade, faz menção a algumas técnicas de reprodução assistida, como fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem* (inciso III), porém ele não autoriza e nem regulamenta o uso dessa técnica.

Washington de Barros Monteiro² assevera que:

¹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.548.

² MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. v.2, 39 ed. São Paulo: Saraiva, , 2007, p.307.

A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao homem, respectivamente, pressupondo – se, in casu, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial post mortem é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.

No referido artigo, no que concerne a atribuição da paternidade, a solução é relativamente simples, visto que, será pai o doador do sêmen (marido) ainda que falecido, por conta da sua identificação genética com o embrião, assim como por ter declarado seu consentimento á época da colheita.

De acordo com o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, no que tange à inseminação homóloga (inciso III do artigo 1597), 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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Alguns autores sustentam a impossibilidade da inseminação *post mortem*, pois a morte funcionaria como uma causa revogadora da permissão dada pelo doador, para que ocorra a inseminação, uma vez que o casal seria uma única parte do contrato de inseminação, com duas vontades convergentes para a realização de um único fim suas declarações de vontade devem ser expressas, e para ter relevância jurídica devem ser unidas para formar uma única manifestação de vontade.

Doutrina sobre a impossibilidade da utilização da inseminação artificial post mortem, Eduardo de Oliveira Leite³ afim que “a inseminação post mortem não se justifica porque não

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.154-155

há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, concluindo quanto ao desaconselhamento de tal prática”.

Embasando tal ponto de vista, o Enunciado nº 127 do Conselho Federal de Justiça propõe uma alteração no inciso III, do artigo 1.597, do CC, com a supressão da expressão “mesmo que falecido o marido”, para constar apenas havidos por fecundação artificial homóloga. A justificativa para determinada alteração recai nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, visto que, segundo entendimento do Conselho é inaceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

Mostra-se insuficiente tal posicionamento, posto que a ocorrência da família monoparental é prevista constitucionalmente em seu artigo 226, § 4^o. Além do que, deve-se consagrar o princípio constitucional do planejamento familiar, que é livre e de autonomia do casal, não podendo o legislador ferir tal ditame constitucional, tolhendo tal direito. O direito à reprodução é reconhecido como direito fundamental, embora não seja absoluto, devendo observar a perspectiva do planejamento familiar. É, portanto, inadmissível que a decisão de ter um filho tenha sido manifestada inicialmente e, devido à ocorrência de determinada situação imprevista, como, por exemplo, uma morte inesperada, possa, determinado projeto parental, não ser concretizado após o óbito do cônjuge ou companheiro. Apesar de o planejamento familiar iniciar-se em vida, pelos partícipes, não há dúvidas que seus efeitos podem ser produzidos após a morte.

No tocante às implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga, em especial as questões relacionadas à filiação e ao direito sucessório, entende-se que deva ser dado aos filhos o mesmo tratamento, não importando se a referida técnica de reprodução assistida foi realizada antes ou depois da morte do pai. Pois, no caso de inseminação artificial

⁴ Art. 226, § 4º da CF/88: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

homóloga, como o material genético é fornecido pelos próprios pais biológicos, existe uma plena coincidência de filiação, ou seja, o pai falecido vai ser considerado, ao mesmo tempo, pai biológico (o esperma era dele) e pai jurídico (no registro civil vai constar o seu nome como pai).

As normas do artigo 1597, inciso III do Código Civil, que trata da presunção de filiação no caso de inseminação artificial homóloga realizada após a morte do genitor e a norma do artigo 1.798 do mesmo Código, no sentido de que só tem legitimidade para suceder quem já estava vivo, ou, ao menos, já era concebido no momento da abertura da sucessão devem ser interpretadas sistematicamente para garantir que a criança gerada após a morte de seu genitor seja sucessor legítimo ao monte hereditário. Porém essa presunção não ocorrerá quando se tratar de inseminação heteróloga.

Passa-se, a seguir, a analisar-se alguns aspectos relacionados a esta modalidade de fertilização.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

As consequências futuras da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, especificamente a heteróloga, técnica que criou a possibilidade de pessoas que não podem ter filhos, realizarem este sonho, devem ser analisadas sob o aspecto jurídico.

Os aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga consistem na abordagem sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como prioridade no direito da personalidade presente na Constituição Federal de 1988, dentre outras fundamentações além do texto constitucional, incluindo também as inovações que o Código Civil de 2002 trouxe à reprodução assistida.

Trata, também, do choque do direito da personalidade, que protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e dando à criança o direito de conhecer sua origem biológica, enfrenta opostamente o direito à intimidade e privacidade do doador de sêmen ao ter sua identidade mantida em anonimato e sigilo.

Outro aspecto relata sobre a paternidade socioafetiva que o marido ou companheiro, que autorizou a inseminação artificial heteróloga, tem com a criança gerada, além dos direitos que o pai biológico e o socioafetivo têm perante os instituídos da investigação de paternidade, dos alimentos e da sucessão hereditária.

2.1. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A sociedade, assim como todo o meio em que vivemos, sempre está em processo de evolução e mudanças. Avanços tecnológicos e científicos cada vez mais se aperfeiçoam para que a vida do ser humano possa ser facilitada, suprimindo suas necessidades, onde de modo natural não seria possível ocorrer.

A Ciência tem causado verdadeira revolução em antigos conceitos jurídicos. A clássica família patriarcal, selada por laços matrimoniais e amparada na consangüinidade, já não subsiste como única espécie de formação familiar. As avançadas técnicas científicas relacionadas à reprodução humana proporcionaram a diversidade social e jurídica da família, principalmente através da inseminação artificial.

Porém, o progresso para a vida das pessoas deve atuar sempre de forma positiva e nunca em discordância com o nosso ordenamento jurídico, sendo ele um Estado Democrático de Direito. E como a ciência e a tecnologia lida com a vida do ser humano é imprescindível o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, trás em seu artigo I que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

E também é na Constituição Federal de 1988 que tal princípio encontra-se elencado no artigo 1º, III, assim interligado com o direito à vida, à liberdade e igualdade, sendo uma das principais garantias fundamentais a qualquer ser humano, assim como já expressa também o artigo 5º, caput, da referida Carta Magna.

A inseminação artificial heteróloga, além de utilizar-se de material genético de um doador, terceiro a um casal, lida principalmente com a vida de uma criança que está para ser gerada e que posteriormente irá se relacionar com sua família e a ela criar vínculos afetivos.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre ser utilizado como forma de solucionar os conflitos quando a lei for omissa ou não for capaz de resolvê-los por si só, assim como explica Cândido⁵:

Por ser o valor da pessoa humana o motivo da existência de um ordenamento é que se deduz que as normas existam em benefício da pessoa, ou seja, a serviço de sua dignidade. É o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a tradução jurídica do valor da pessoa humana.

É exatamente por estes vínculos que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre protegida e respeitada, pois futuros questionamentos quanto sua origem genética e biológica são hipóteses naturais de todo ser humano, mas em contrapartida também deve ser respeitado o anonimato do doador do material genético. Portanto o tema envolve um conflito de princípios, conforme será visto no próximo tópico.

⁵ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Os Direitos Fundamentais e as Técnicas de Reprodução Medicamentosa Assistida Heteróloga*. DireitoNet, Fortaleza., 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/72/3672/>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

2.2. CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA X ANONIMATO DO DOADOR

A falta de legislação própria sobre a reprodução assistida heteróloga no Brasil é um obstáculo enorme, especialmente porque cada vez mais esta técnica é utilizada e, por conseguinte, surgem, inevitavelmente, conflitos em torno do tema.

Discute-se se deve ser mantido sigilo absoluto no que diz respeito à identidade do doador do material genético, da mesma forma que este não deve ter conhecimento da destinação do material doado.

Também, deslumbra-se o direito que todo indivíduo tem de saber a sua história, sua origem, tanto por necessidade em casos de doenças, ou em razão de simplesmente ter interesse em conhecer sua origem biológica.

Tais questões dizem respeito a dois direitos fundamentais provenientes, do já referido, intocável princípio da dignidade da pessoa humana. Em relação ao direito fundamental à intimidade, no que tange à salvaguarda do anonimato do doador de material genético bem como o direito fundamental da personalidade, ou seja, ao conhecimentos da identidade biológica.

O direito à identidade biológica, ao conhecimento de suas origens, e à personalidade são direitos inerentes a todo ser humano, e têm início no nascimento com vida e trata-se de um princípio fundamental, qual seja o direito à personalidade.

Deve-se ter claro que a busca pela identidade biológica se diferencia de estado de filiação, visto que o estado de filiação decorre dos laços afetivos construídos entre pais e filhos, enquanto a identidade biológica diz respeito ao princípio fundamental da personalidade⁶.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=126>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

A busca pela origem biológica, a qual se refere ao princípio da personalidade, tem como fundamento o conhecimento de sua história biológica e não a busca pela paternidade em si, conforme explica Paulo Luiz Neto Lôbo ⁷:

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem biológica é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito á vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem biológica.

Quando se trata de identidade biológica, mais propriamente dito de sua investigação, muitas vezes o processo possui viés psicológico, no qual existe uma busca do autoconhecer. Tal busca pode, contudo, também ter caráter médico, no sentido de que se demonstra importante saber sua origem biológica em casos de doenças hereditárias, ou ainda quando da ocorrência de doenças hereditárias, ou ainda quando da ocorrência de doenças que são solucionáveis através de compatibilidade sanguínea. O conhecimento de tais informações torna-se imperial para que haja proteção ao direito á saúde e à própria vida.

Ao abordar a questão do direito ao anonimato do doador, tem-se que tal direito encontra amparo na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X ⁸, que trata do direito a intimidade, bem como a Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece: “Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores ”.⁹

⁷ Ibidem

⁸ 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: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução nº 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_jurídico/resol1358.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

O aspecto do anonimato do doador, na reprodução assistida heteróloga, serviria como um estímulo à doação de material genético para dar a possibilidade aos casais inférteis de ter filhos, já que se pairasse a insegurança de uma possível investigação de paternidade futura, certamente não haveria doações de materiais genéticos para essa finalidade.

Ademais, conforme reforça Eduardo de Oliveira Leite, o doador de material genético está renunciando de forma voluntária a paternidade jurídica, da mesma forma que a mãe entrega seu filho a adoção desiste de todo direito de filiação existente¹⁰.

Defende-se também que o conhecimento da identidade do doador poderia influenciar de forma negativa na relação familiar, causando até mesmo constrangimentos ou traumas na criança fruto desta técnica, interferindo em sua qualidade de vida.

É inegável a característica filantrópica da doação de material genético, visto que existe qualquer forma de remuneração por este ato. O doador não deseja possuir qualquer relação com a criança gerada.

Diante dessa colisão de direitos, o mais indicado é que haja uma ponderação entre ambos os direitos, realizando uma análise ao caso concreto e observando as reais alegações dos requerentes. Deve-se, para tal, usar sempre como norte o princípio da dignidade da pessoa humana para então se chegar a melhor decisão para solucionar o conflito.

Na utilização da ponderação deve-se levar sempre em conta o princípio do melhor interesse da criança, conforme ensina Ana Claudia Ferraz¹¹:

No exercício da ponderação, o aplicador deverá ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, que não necessariamente importará no conhecimento da origem biológica, nos casos de inseminação heteróloga. A criança pode, efetivamente, não ter ainda maturidade suficiente para lidar com a questão, podendo, até causar dano à integridade psíquica da mesma e abalar o relacionamento com a família, já calcado na afetividade. Por isso muitos defendem que a informação apenas deve ser fornecida a partir da maioridade do interessado. Outrossim, o julgador deverá valer-

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.381.

¹¹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

se de parecer psicossocial a fim de, no caso concreto, poder avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, procurando, assim, causar, o menor dano possível ao decidir qual o direito fundamental que deverá prevalecer.

Ao deparar-se com tais questões de colisão de direitos deve sempre se levar em conta o que é mais interessante á criança, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO NO PROCESSO DE INSEMINAÇÃO HETERÔNOMA

A ideia de filiação exclusivamente consanguínea vem sendo progressivamente desmistificada, passando o afeto a ser considerado o elemento primordial para a constituição do núcleo familiar, preponderando-se, inclusive, sobre o sangue.

Com a aplicação da reprodução heteróloga, em regra, o filho irá possuir o material genético da mãe, mas não o do pai. Deste modo, surge uma questão relevante no tocante ao parentesco, posto que este filho pode achar que tem direito a querer a sua filiação biológica reconhecida a posteriori.

Com a utilização cada vez mais frequente da inseminação artificial heteróloga surgem questionamentos sobre a validade do reconhecimento de um vínculo de parentesco entre os envolvidos. Sendo inclusive veiculada no meio televisivo essa possibilidade.

Porém, tendo como base essa nova visão de família, impossível parece se falar em um vínculo entre o concebido e o doador, uma vez que, não há uma relação de afeto entre eles. Como o procedimento de inseminação deve ser regido pelo anonimato não há qualquer envolvimento entre as partes, e não havendo uma relação de afeto a consequência lógica é a de que o doador anônimo do material utilizado na inseminação artificial não pode ser

considerado “pai”, mas apenas seu genitor, eis que inexiste qualquer relação fraterna ou emocional entre ambos.

Conforme o estudo francês “*De l’ Ethique au Droit*”, citado na obra de Eduardo de Oliveira Leite, o doador que fornece material genético para fins de contribuir com o projeto de um casal que deseja ter filhos mas encontra-se impossibilitado, não passa de um colaborador sem qualquer interesse em manter vínculos com esta criança gerada, não tem pretensão alguma de ter qualquer relação de afeto ou vínculo parental com esta, logo, está excluída qualquer possibilidade de imputação de filiação do doador para com a criança gerada com seu material genético.

Assim é o entendimento majoritário da doutrina, apesar de haver contradição quanto ao tema, o anonimato do doador é privilegiado, em detrimento do possível direito do filho à investigação¹². Não pode o filho advindo de reprodução heteróloga ajuizar ação de investigação de paternidade com o fito de estabelecer um vínculo de parentesco com o doador do material genético, posto que a paternidade socioafetiva assumida pelo cônjuge ou companheiro impede que se concretize o liame biológico.

A busca pelo origem biológica não pode ser utilizada como fator fundamental para a determinação da filiação, mas sim como um meio de se alcançar o princípio da personalidade. Dessa forma, a investigação da identidade biológica não teria escopo de originar direitos sucessórios. Assim ensina Ana Claudia Brandão Ferraz¹³:

O filho gerado pela inseminação artificial heteróloga, uma vez estabelecida a filiação socioafetiva com os pais não biológico, não mais caberia investigar a paternidade ou maternidade, para a produção dos efeitos típicos da relação de filiação, tais como: nome, alimentos, direitos sucessórios etc. em relação ao doador do sêmen ou a doadora do óvulo, mas, apenas, na esfera do direito da personalidade.

¹² Neste sentido: Cristiano Chaves de Farias & Nelson Rosenvald, Paulo Lobo, dentre outros.

¹³ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139.

Também não poderá o doador do material genético após efetuar a doação requerer a paternidade da criança gerada, pois afrontaria a intimidade e segurança dos pais socioafetivos.

De acordo com o acima exposto, conclui-se não ser cabível ajuizamento da investigatória com o fito de ver reconhecido o parentesco biológico, rechaçado pela parentalidade sócioafetiva. Em se entendendo diversamente, seria inclusive difícil encontrar doadores de sêmen que se expusessem a tal situação.

Passe-se, a seguir, a analisar-se os direitos sucessórios e alimentares gerados pela utilização da técnica de inseminação heteróloga.

3. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS E ALIMENTARES ADVINDOS DA INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA

Conforme já exposto anteriormente, o pai biológico, doador do sêmen, mesmo que conhecido, não tem responsabilidades patrimoniais nem alimentares perante a criança que nasceu. O doador oferece seu material genético, porém não possui qualquer intenção de saber quem será a criança gerada, tampouco deseja ter qualquer relação de afeto com essa pessoa.

Não seria justo que este tivesse sua vida modificada, ou que sofra qualquer tipo de transtorno ou constrangimento perante sua família em decorrência da procura desse filho, até mesmo por que ao doar o sêmen estava ciente de que não saberia quem seria a receptora e a receptora também não saberia quem seria o doador. As questões sucessórias e alimentícias serão tratadas perante o pai sócioafetivo, conforme permitido em lei.

Os alimentos, para o Direito, consistem nas prestações em dinheiro ou espécie, que uma pessoa fornece à outra com a finalidade de suprir o necessário ao seu sustento, vestuário, habitação, assistência médica, ou seja, todos os meios para que o alimentado possa viver de acordo com suas necessidades¹⁴.

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família: volume 6*, 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 374.

Assim explica Silva¹⁵:

No tocante aos filhos menores, é dever dos pais zelar pela sua assistência, criação e educação e, inversamente, os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais na velhice. Sendo assim, a família existe enquanto local onde persiste a reciprocidade, visto a família eudemonista recepcionada pela Carta Magna. Nesse sentido, ganha importância a disposição contida no seu art. 229, uma vez que atribui à prole o dever de amparo e assistência aos pais, espelhando o espírito de colaboração que se assenta no interior de qualquer espécie familiar.

Os requisitos básicos para que se possa determinar a fixação dos alimentos, deve-se observar se há o vínculo de parentesco, a condição financeira do alimentante e a real necessidade do alimentado, conforme art. 1694, caput, do Código Civil vigente. Tal critério deve ser observado pelo binômio da necessidade-possibilidade.

Isto posto, após reconhecido o vínculo socioafetivo e em decorrência das necessidades e possibilidades de sustento da família, os alimentos é direito essencial para que, àquele que nasceu de uma inseminação artificial heteróloga, possa reivindicar. Também é recíproco ao pai socioafetivo, que em sua velhice, depois de ter cumprido com suas obrigações paternas, tem o direito de pedir alimentos ao filho.

Outra inovação do Código Civil de 2002, em vigência, foi com o artigo 1798, que trata da vocação hereditária, onde dá o direito de suceder aos que já estão concebidos, através da inseminação artificial, no momento da abertura da sucessão.

O fundamento da igualdade dos filhos, presente no texto constitucional, garante ao filho socioafetivo que participe da vocação hereditária, tendo, portanto, seus direitos de suceder o pai socioafetivo.

Conclui, portanto, Lôbo¹⁶:

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar

¹⁵ SILVA, Luana Babuska Chrapak da. *A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5321>>. Acesso em: 24 de setembro de 2012.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333>>. Acesso em: 24 de setembro de 2012.

durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

Se aquele que consentiu, a inseminação do material genético de terceiros em sua esposa, e o fez por livre e espontânea vontade, assume automaticamente a responsabilidade paternal pela criança que vai nascer, assim como vai dar seu nome a ela e encarregar de assumir seus deveres perante os direitos fundamentais que ela terá.

4. NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O TEMA

É nítido serem as descobertas da Biomedicina constantes e velozes, diferentemente do Direito, o qual não detém a mesma dinâmica em sua atualização.

Na verdade, os progressos científicos comprovam a lacuna jurídica – ou a incompletude da ordem jurídica – nestas matérias, de outro, fizeram rever princípios clássicos, que se tinham como definitivos, tais como, o da prevalência da paternidade biológica ou da certeza da maternidade, e que diante das procriações artificiais dão mostras de insuficiência ou esgotamento.

Não obstante, a falta de regulamentação sobre o tema não indica ser ela desnecessária. Ao contrário, as implicações sociais, políticas, morais e sanitárias das tecnologias reprodutivas exigem suporte jurídico como forma de proteção dos direitos e interesses das pessoas envolvidas.

Incumbi ao Direito criar condições para prevenção e preservação da saúde moral e social dos indivíduos. Nessa senda, deve corresponder aos anseios e necessidades da sociedade a que se refira, pois as inter-relações entre as normas jurídicas e a sociedade são mútuas, e dessa influência se deriva em grande parte a evolução e a vida de ambas.

Em face da importância existente na conexão das normas e da sociedade, incompreensível se torna a falta de respaldo legal em torno da reprodução orientada, pois esse assunto está promovido de questões tormentosas, envolvendo a dignidade e a vida do ser humano, desde sua concepção.

Além disso, não se trata de assunto distante, mas sim, amplamente inserido na realidade nacional. Hoje calcula-se que um em cada seis casais em idade fértil tenha problemas para gerar filhos e seja, em potencial, candidato à reprodução assistida.

No mesmo sentido, Maria Helena Machado, no ano de 2003, informou¹⁷:

No Brasil, estima-se existirem atualmente, sessenta clínicas de reprodução humana onde são utilizados métodos de fertilização, dispondo das técnicas mais modernas proporcionadas pela ciência biomédica em nível internacional.

Necessário, além de tudo, acentuar ser a reprodução artificial assunto, há considerável tempo, debatido no Brasil. A doutrina, relacionada ao tema abordado, ressalta-se, já é ampla, além de demonstrar suficiente fundamento. Cabimento há, por conseguinte, em se confirmar a existência de embasamento para a edição de legislação sobre o tema.

Por certo, divergências existem nas opiniões dos doutrinadores, tendo em vista o choque entre posições conservadoras e liberais adotadas frente ao assunto não pacificado. De acordo com isso, a comparação de posições se faz pertinente. Carlos Alberto Bittar argumenta¹⁸:

Ao manifestar-nos contrários à prática referida, que viola a seqüência natural das coisas na Terra, deixamos reafirmada a advertência de que o homem deve respeitar a natureza, a vida humana e seus limites e os valores outros que, ínsitos em sua personalidade lhes possibilitam uma existência normal e compatível em sociedade.

¹⁷ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 2003, p. 35.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Problemas Ético-jurídicos da Inseminação Artificial*. Revista dos Tribunais, v. 696, out. 1993, p. 278.

Por sua vez, Eduardo de Oliveira Leite¹⁹ garante que a procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo de ter filhos. Do mesmo modo, enfatiza que o intento de barrar sua constante evolução é algo impossível.

Essa pluralidade de posições está a exigir uma manifestação sem ambigüidades do mundo jurídico. Já que, os envolvidos não podem permanecer nessa situação de insegurança jurídica, correndo o risco de a qualquer tempo serem surpreendidos por ações que contestem um vínculo entre eles.

O óbvio é que, diante da complexidade em que se insere a reprodução assistida e dos dilemas que sua aplicação pode vir a originar, não compete ao legislador permanecer inerte. As possibilidades abertas pelo avanço científico, não mais serão freadas e, se não forem regulamentadas, podem, é certo, provocar conseqüências graves à humanidade.

É provável que, não havendo imediata manifestação legislativa, grandes problemáticas sejam levadas à apreciação dos Tribunais. No entanto, esses se encontram despreparados para resolver controvérsias a que a própria Lei não oferece resposta.

Na realidade, como ao Judiciário não é dada a prerrogativa de se eximir de despachar, nem de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei, terá que construir todo um arcabouço jurídico sobre o tema, pois, mesmo inexistindo norma com condições de regulamentar um caso concreto, a tutela jurisdicional deverá ser prestada, de modo a inibir às partes o livre exercício das próprias razões.

No tocante ao próprio Código Civilista, propósito há em salientar que o Anteprojeto do Código Civil também não tomou conhecimento do nascimento por fertilização assistida, apesar das implicações trazidas, principalmente no campo do direito de família.

Dessa forma, os três dispositivos inseridos no citado compêndio civilista, sobre o assunto, encontram-se no Artigo 1.597 e tratam, tão somente, da presunção de paternidade de

¹⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.157.

filhos nascidos na constância do casamento. Foram inseridos, apressadamente, atendendo a insistentes críticas em face de sua ausência no Projeto original, na fase de tramitação legislativa.

Contudo, deve-se advertir não terem tais disposições obtido o resultado de fundamentar ou aclarar o tema. Na verdade, o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.

Diante da periculosidade de se ter assunto tão sério relegado à falta de regulamentação, buscam-se soluções jurídicas, para os casos que delas necessitam pela análise dos costumes, do Direito Comparado, da analogia, dos princípios básicos de nossa sociedade e da Constituição.

CONCLUSÃO

Através dos argumentos debatidos ao longo deste trabalho, foi possível perceber a evolução sofrida pelo conceito de reprodução ante a complexidade da caracterizada e também definida reprodução assistida.

As técnicas de reprodução assistida puderam ser inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, juntamente com o Código Civil de 2002, com a finalidade de regular o avanço da ciência que beneficia a sociedade.

Porém, por se tratar de questões moralmente discutidas e ser um tema que interfere na vida e na dignidade humana, tal regulamento ainda é bastante deficiente e ineficaz.

Não se pode negar que as técnicas de reprodução assistida foram um marco tecnobiológico muito grande e de alta repercussão social, que trouxe esperança àqueles que, pelo método natural, não poderiam realizar o sonho de serem pais e mães. Contudo, é preciso

ter cuidado quando se lida com a vida de alguém que não poderá participar deste acordo de vontades.

Atualmente a doutrina e jurisprudência adotam uma postura socioafetiva firmando-se no sentido de que “pai” é aquele que educa, dá carinho, isto é, aquele que mantém uma relação de afeto com o filho, de forma que, cada vez mais, a paternidade biológica vem perdendo terreno.

Nesse contexto, parece evidente que o doador de material genético utilizado em inseminação artificial heteróloga não pode ser chamado a contribuir para o sustento do concebido ou mesmo a prestar-lhe qualquer apoio emocional, já que inexistente relação socioafetiva entre ambos.

Com amparo legal na constituição, certo é que, todos têm o direito de saber a real verdade sobre sua origem. Ninguém participa do acordo de vontade em ser gerado, e exatamente por este fator, não se pode proibir o direito de conhecer de quem se foi gerado. Assim como, também, aquele que buscou um banco de sêmen, com o intuito de ajudar às pessoas com dificuldades férteis, não pode ter sua identidade revelada.

Mas, por outro lado, o aspecto biológico que reveste as relações familiares não pode ser totalmente desconsiderado, máxime no caso em estudo em que a identidade genética do concebido resta por ele absolutamente desconhecida. Verifica-se, portanto, que o direito ao anonimato do doador poderá até vir a ser relativizado, porém somente em casos de ocorrência de doenças hereditárias, ou ainda quando da ocorrência de doenças que são solucionáveis através de compatibilidade sanguínea, ou para ter conhecimento de sua origem genética.

O conhecimento de tais informações torna-se imperial quando se vislumbrar a proteção ao direito à saúde e à própria vida do concebido, tendo como base a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor.

Destarte concluir que, a criança gerada pela inseminação artificial heteróloga não terá vínculo de parentesco algum com o doador de material genético e somente poderá ter acesso à identidade de seu pai biológico, quando estiver sofrendo risco de grave moléstia hereditária, ou tão somente para saber sua origem, e nada mais. Os efeitos da real paternidade, a socioafetiva, será dada ao pai que vai criá-la.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em 25 de setembro de 2012

BITTAR, Carlos Alberto. Problemas Ético-jurídicos da Inseminação Artificial. *Revista dos Tribunais*, v. 696, out. 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 62, de 09/12/2009. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Os Direitos Fundamentais e as Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga*. DireitoNet, Fortaleza., 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/72/3672/>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

_____, Nathalie Carvalho. *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10171>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

CEMERJ - CENTRO DE MEDICINA DE REPRODUÇÃO. Inseminação Artificial. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cemerj.com.br/inseminacao.html>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução nº 1.358 de 1992. Disponível em : <http://www.ghente.org/doc_jurídico/resol1358.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

FERRAZ, Sergio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos*. 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família. 2000.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito á origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=126>>. Acesso em 24 de setembro de 2012

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

MARQUES, Alessandro Brandão. *Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4267>>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. v.2, 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, Doutrina e Jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código civil e legislação civil em vigor*. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*: v. 6 – 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2006.